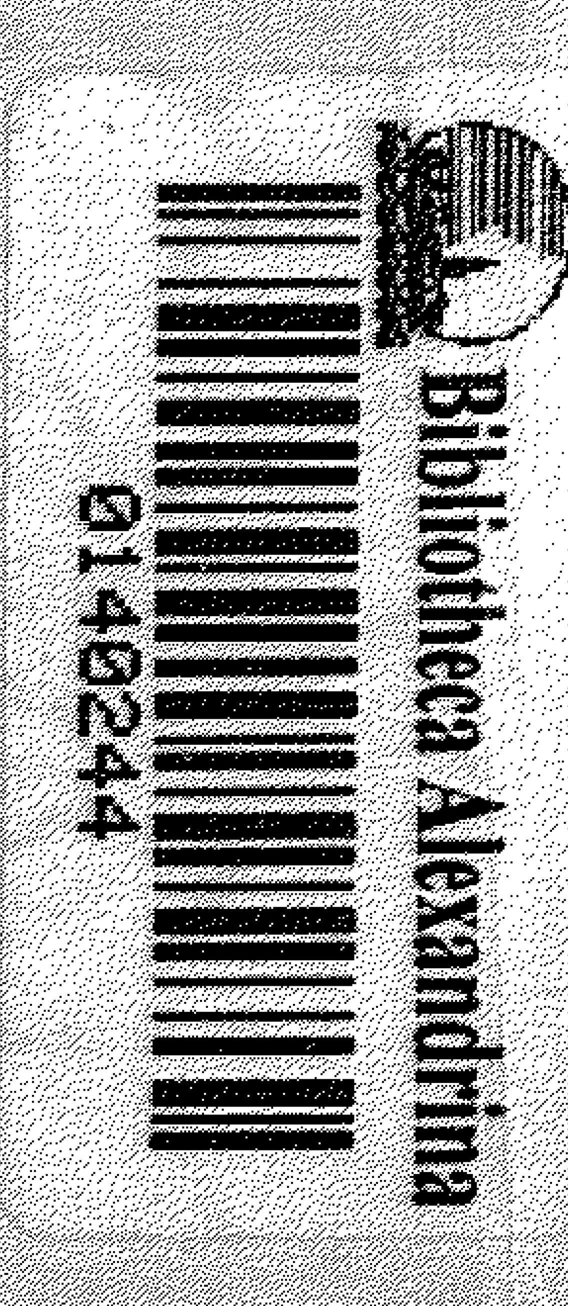
دكتور
عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير
مدرس القانون المدني
جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون بالقاهرة


الحراسة وعلاقة السببية

في المسئولية عن الأشياء

دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني



الناشر
مكتبة وهبة
١٤ شارع الجمهورية - عابدين
القاهرة تليفون ٩٣٠٧٤٧٠
١٩٨٨



دكتور
عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير
مدرس القانون المدني
جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

الحراسة وعلاقة السببية

في المسئولية عن الأشياء

دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني

الناشر
مكتبة وهبة
١٤ شارع الجمهورية - عابدين
القاهرة تليفون ٩٣٢٧٧٠
١٩٨٨

الطبعة الأولى

المركز العلمى للتصوير والطباعة
ميدان تريومف - مصر الجديدة

رقم الايداع ٥٠٧١ / ١٩٨٨ م
رقم دولى ٦ - ٠٦ - ١١٧٠ - ٩٧٧

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلاة وسلاما على سيدنا ومولانا محمد النبى الامى وعلى آله وأصحابه أجمعين _ أما بعد •

فمن المعلوم أن المسئولية عن اضرار الاشياء الجامدة تنهض على اركان ثلاثة هى : ١ _ وجود الضرر _ ٢ _ نشأة هذا الضرر عن شىء من الاشياء التى حددتها المادة ١٧٨ مدنى _ ٣_ وجود الشىء والذى أحدث الضرر فى حراسة المدعى عليه •

ولما كان الضرر يمثل ركنا فى المسئولية عموما سواء تعلق الامر بالفعل الشخصى أو بفعل الغير أو بالاشياء التى يسأل عنها الانسان فضلا عن أن شروطه لاتختلف باختلاف السبب المؤدى اليه فانه ليس ثمة مايدعو الى تكرار الحديث عنه فى كل مناسبة يثور فيها وجوده وذلك هو النهج الذى سلكه الفقه فى دراسة هذا الموضوع ومن ثم آثرنا عدم التعرض له فى هذا البحث •

ونكتفى بالتركيز على ركنى الحراسة وعلاقة السببية بين الشىء والضرر ولما كان الحديث عن الحراسة يستلزم الحديث عن محلها وهو الاشياء فانا نفرد للحديث عنها بابا مستقلا يتوسطه دراسة الحراسة والترابط السببى بين الشىء والضرر ومن ثم اشتملت هذه الدراسة على ثلاثة أبواب يسبقها فصل تمهيدى وذلك على النحو التالى :

الفصل التمهيدى : فى تطور المسئولية عن اضرار الاشياء الجامدة ومدى مشروعيتها فى الفقه الاسلامى •

الباب الاول : فى الحراسة

الباب الثانى : فى الاشياء التى تكون محلا للحراسة •

الباب الثالث : فى الترابط السببى بين الشىء والضرر

ولله الفضل والمنة من قبل ومن بعد وهو ولى التوفيق

الفصل التمهيــــدى
تطور المسئولية عن الاشياء الجامدة ومدى مشروعيتها فى الفقه الاسلامـى

المبحث الاول
تطور المسئولية عن الاشيــــاء

المطلــــب الاول
تطور المسئولية عن الاشياء فى القانون المدنى الفرنســى

لقد واكب وضع القانون المدنى الفرنسى الحالى انطلاقة الثورة الصناعيــة بما أفرزته من تقدم صناعى هائل نتيجة اكتشاف الكهرباء واستخدم البخار كقــوة محركة وكان من نتائج استخدام الالآت الميكانية زيادة تعرض الانسان للمخاطــر بل وتزايد الحوادث التى كـان على النظام القانونى أن يواجه مشاكلهـــــا الجديدة بالحلول المناسبة •

ولقد أثبت الواقع العملى آنئذ قصور نظام المسئولية الخطئية عن مواجهــة هذا الواقع الجديد لكونهــا تستلزم اثبات الخطأ فى جانب المدعى عليه ، وذلــك فى الوقت الذى يتعذر فيه هذا الاثبات على المضرور نظرا لتعقد تلــك الالآت وماصاحب ذلك من كثرة الحوادث التى لم يعرف لها سبب مما استتبع تعذر إسناد الخطأ الى شخص معــين •

ولقد بذل الفقه والقضاء عدة محاولات لتيسير حصول المضرور على التعويض عـن الاضرار التى تنشأ عن استخدام الالآت والاجهزة الصناعية وخاصة بالنسبــة لعمال المصانع وتمثلت أبرز تلك المحاولات فيما يلى (١)

---

(١) انظر فى ذلك : د / عبد الرزاق السنهورى فى الوسيط حـ١ ، ط ١٩٦٤ ف ٥١٦ ص ٨٦٢ ومابعدها •

— د /سليمان مرقس فى رسالته " نظرية دفع المسئولية المدنية " النسخــة العربية ط ١٩٣٦ ، مطبعة الاعتماد ص ٣٤ ومابعدها ، ولنفس المؤلف المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية القسم الاول ــ الاحكــام الخاصة ــ معهد البحوث والدراسات العربية ط ١٩٧١ ف ٤١ ص ٨٣ ومابعدهــا •

— د / محمد لبيب شنب فى رسالته المسئولية عن الاشياء ط ١٩٥٧ ، ف ٩ ص ١٢ ومابعدهــا •

المحاولة الاولى : التوسع فى تقرير الواجبات القانونية على عاتق اصحاب العمل •

وضمون هذه المحاولة يرمى الى اعتبار ارباب الاعمال واصحاب الآلات الميكانيكة ملزمون بتوفير وسائل الحماية الكافية للعمال وذلك عن طريق اتخاذ الاحتياطات التى تؤمنهم من ضار استعمال هذه الآلات ورفض دعوى العجز عن اتخاذ هذه الاحتياطات • حتى يكون ذلك وسيلة لسهولة اثبات الخطأ فى جانب المدعى عليه • بيد أن هذه المحاولة عجزت عن توفير الحماية للعمال حيث انها وان وفرت السبيل الى سهولة اثبات تقصير رب العمل الى حد ما الا انها لاتعفى المضرور من اثبات تقصير المدعى عليه فى آداء واجبه القانونى وهو اثبات يكون عسيرا فى كثير من الحالات مما يستتبع حرمان المضرور من الحصول على التعويض •

المحاولة الثانية : التوسع فى الاخذ بقرائن الاحوال والقرائن القضائية :

ويرمى مضمون تلك المحاولة الى اتخاذ الظروف التى يحدث فيها الضرر قرينة على وجود الخطأ فى جانب المدعى عليه الى أن يثبت هذا الاخير انتفاء الخطأ من جانبه وهو مايعنى قلب عبء الاثبات خلافا لما تقضى به المسئولية الخطئية • بيد أن تلك المحاولة لم تؤدى الى تحقيق الغرض المرجو منها فى جميع الاحوال وذلك نظرا لان التقنين الفرنسى قد ترك للقضاء حرية تقدير تلك القرائن مما استتبع بدوره توقف الامر فى النهاية على موقف القاضى ازاء كل قضية

= د / عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام حـ٢ مصادر الالتزام ط ١٩٥٤ ص ٤٣٢ ومابعدها •

- الاستاذ حسين عامر فى المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية ط ١٩٥٦ ف ٧٣٢ ص٧٤٦ ومابعدها •

- تيركي فى تطور المسئولية عن فعل الاشياء الجامدة رسالة من كان ١٩٣٠ ص٣١

Turquey Maurice:D'évolution. de la responsabilite du fait des ehoses inanimees.

- د /محمود جمال الدين زكى فى عقد العمل ط ١٩٥٦ ف ١٠٠ ص٢٢٤ ومابعدها

- د /عبد الفتاح عبد الباقى فى المسئولية التقصيرية عن حوادث السيارات وغيرها من الاشياء الخطرة تأسيسا على حراستها وعلى مباشرة الضرر أثناء استعمالها ط الكويت ١٩٧٣/٧٢ - ص ٢٨ •

على حده نظرا لانه لايستطيع استخلاص الخطأ الا من ظروف تسوغه وقد لاتنبىء تلك الظروف من وجهة نظر القاضى عن وجود خطأ فى جانب المدعى عليه ممايقضى الى حرمان المضرور فى بعض الحالات(١)

المحاولة الثالثة : التوسع فى الاخذ بالمسئولية العقديـة :

وضمون هذه المحاولة يتمثل فى اعتبار رب العمل ملزما بمقتضى عقد العمل بالمحافظة على سلامة عماله ومن ثم فانه يكون ملزما بالتعويض عما يحيق بهم من اضرار دون حاجة الى اثبات أى خطأ فى جانبـه •

بيد أن هذه المحاولة لم تلق استجابة فى الفقـه والقضاء وذلك للامورالتاليه :

اولا : لان القول بان عقد العمل يتضمن التزام رب العمل بالمحافظة على سلامة العامل انما هو محض افتراض لاظل له من حقيقة ، حيث لاسند لهـذا القول فى عقد العمل •

ثانيا : لانه لو سلم جدلا بوجود مثل هذا الالتزام فانه يقصر عن حماية من لاتربطهم علاقة عقدية برب العمل •

ثالثا : لانه لو سلم جدلا كذلك بوجود مثل هذا الالتزام العقدى فليس ثمـة مايحول دون ارتفاعه فى حالة وجود شرط يقضى باعفاء رب العمل من هـذه التبعة اذ لايوجد فى نطاق المسئولية العقدية مايحول دون ذلك(٢)

---

(١) د / محمد لبيب شنب فى رسالته السابقة ف ١٣ ص ١٥ •

ـ د / سهير منتصر فى رسالتها "تحديد مدلول الحراسة فى المسئوليـة عن الاشياء" ، حقوق عين شمس ١٩٧٧ م ص ٢٠ •

ـ جوسران فى دروس القانون المدنى الوضعى الفرنسى حـ٢ ط ٢ ف ٤٦٧
Josserand, louis:Cours de droit civel positif francais.

(٢) د / محمد لبيب شنب فى رسالته ف ٣ ص ١٦ ، ١٧ •

ـ د / محمود جمال الدين زكى فى عقد العمل ، المرجع السابق ف ١٠٠ ص ٢٢٧

ـ د / عبد الفتاح عبد الباقى فى المرجع السابق ص ٣١ •

ـ د / حمدى عبد الرحمن فى دروس فى قانون التأمين الاجتماعى ط ١٩٧٦ ص ١٨ •

ـ د / سهير منتصر فى رسالتها ص ٢٠ ، ٢١ •

المحاولة الرابعة : الاحتكام الى نص المادة ١٣٨٦ الخاصة بالمسئولية عن تهدم البناء :

ومضمون هذه المحاولة هو التوسع فى تطبيق ماتقضى به هذه المادة على الاضرار الناشئة عن استخدام الآلات الميكانيكية بطريق القياس. وذلك نظرا لكونها تتضمن فى نظر القائلين بتلك المحاولة أساسا لقاعدة عامة فى المسئولية عن الاشياء عموما أيا كان نوعها .

بيد أن تلك المحاولة قد باءت كذلك بعدم القبول وذلك نظرا لان تطبيقها يقتضى ثبوت الاهمال فى صيانة البناء أو ثبوت عيب فى انشائه وقد يكون اثبات ذلك أصعب من اثبات الاهمال أو الخطأ فى جانب رب العمل أو المالك . ومن ثم فان اللجوء الى تلك المادة لايوفر الحماية المطلوبة للعامل (١)

المحاولة الخامسة : اللجوء الى تطبيق الفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ .. حيث تنص تلك الفقرة على أن " يسأل الانسان ليس عن الضرر الذى يحدث بفعله الشخص فقط ، بل أيضا عن الضرر الذى يحدث بفعل الاشخاص الذين يسأل عنهم أو بفعل الاشياء التى تحت حراسته " (٢)

ولقد رأى الفقه والقضاء أن فى هذه الفقرة السند القانونى لقاعدة عامة للمسئولية عن الاشياء حيث تقرر مسئولية حارسها عن الاضرار التى تحدث بفعلها دون حاجة الى اثبات الخطأ فى جانب الحارس وذلك على الرغم من أن ذلك التفسير لهذه المادة كما يرى الفقه لايتفق مع قصد المقنن ولا مع الاعمال التحضيرية للقانون المدنى الفرنسى ولكن الحاجة العملية هى التى دفعت القضاء الى تقبل

---

(١) د / سليمان مرقص فى الفعل الضار ف ١٥٤ ص ٢٠٠ .
— د / محمد لبيب شنب فى رسالته ف ١٣ ص ١٧ ، ١٨ .

(٢) on est responsable non seulement du donnage que on cause par son propre fait mais encore de celui qui est cqusе pqr le fait des personnes dont on doit repondere ou des choses que on a sous sa gar de".

هذا التفسير الذى نادى بـه جانب من الفقـه (١)

ومع ذلك فان تطبيق هذه المادة مر بمرحلتـين :

المرحلة الاولى : كان يحق فيها للمدعى عليه دفع هذه المسئولية باثبات عـدم خطئه اى باثبات الدليل على قيامه بجميع الاحتياطات الكفيلة بمنع وقوع الضرر .

المرحلة الثانية : وهى التى لم يعد يجوز فيها للمدعى عليه دفع هذه المسئولية باثبات عدم خطئه وان كان يجوز له دفعها عن طريق اثبات ان الضرر قد نشـــأ عن سبب اجنبى لايد له فيه كالقوة القهرية والحادث الفجائـى أو خطأ الغـــير أو خطأ المضــرور (٢)

المطلب الثانـى
تطور المسئولية عن الاشياء فى ظل القانون المدنى المصرى

لقد اغفل التقنين المدنى المصرى الملغى النص على المسئولية عن الاشياء علـى خلاف ماذهب اليه القانون المدنى الفرنسى كما سبق .

وكان من جراء ذلك أن اختلف الفقه والقضاء حول مبرر هذا الاغفال الـذى انعكس بدوره على اتجاهات الفقه والقضاء المصرى ازاء القول بوجود مسئولية خاصة عن الاشياء اوخضوع الاضرار الناشئة عنها للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية (٣)

انظر فى ذلك :

(١) د / عبد الفتاح عبد الباقى فى المرجع السابق ص ٥٤ .
ـ د / سليمان مرقص فى الفعل الضار ف ١٥٥ ص ٢٠٠ ومابعدها
ـ د / محمد لبيب شنب فى رسالته ف ١٣ ص ١٨ ، ١٩ .
ـ د / حمدى عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٢٠ .

(٢) د / محمد لبيب شنب فى رسالته ص ١٩ ، ٢٠ .

(٣) انظر فى مبررات هذا الاغفال ـ د / محمد لبيب شنب فى رسالتـــه ف ١٩ ، ٢٠ ص ٢٣ ومابعدها .
ـ د / عبد الفتاح عبد الباقى فى المرجع السابق ص ٧٩ ومابعدها .
ـ د / عبد السلام ذهنى فى الالتزامات النظرية العامة ف ٦٢٧ ص ٦٧٢ .
ـ الاستاذ مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية ف ٢٦٢ ص ٢٣٦ ومابعدها .
ـ د / سهير منتصر فى رسالتها السابقة ص ٣١ ومابعدها .

وهو ما اعتنقتـه محكمة النقض المصريـة (١)

أما في ظل التقنين المدني الحالي فقد أقر المقنن المسئولية عن الاشياء في المادة ١٧٨ منه وذلك نظرا لتغير الظروف التي كانت سائدة ابان وضع التقنين المدني القديم حيث أصبحت مصر في الاربعينات على قدر من التصنيع ومن استخدام الالآت والسيارات وهو الامر الذي حدى بالمقنن الى النص على هذه المسئولية ، وان كان اقرارها قد مر بمراحل متعددة حيث كانت المادة ٢٤٧ من المشروع التمهيدي تنص على ان " كل من تولى حراسة آلات ميكانيكية أو اشياء أخرى تتطلب حراستها عناية خاصة يكون مسئولا عما تحدثه هذه الاشياء من ضرر مالم يثبت ان وقوع الضرر كان بسبب اجنبي لايد له فيه وهذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من احكام خاصة ، ثم ادخل تعديل على هذا النص بما يفيد مد نظام المسئولية الى كافة الاشياء الواقعة في حراسة الشخص بغير تخصيص بالآلات الميكانيكية او تلك الاشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ، ثم عادت اللجنة اخيرا الى النص الاصلي مع اعادة صياغته وتقديم الاشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة على الآلات الميكانيكية وبهذا ورد النص النهائي على أن " كل من تولى حراسة اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الاشياء من ضرر مالم يثبت ان وقوع الضرر كان بسبب اجنبي لايد له فيه هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من احكام خاصة " .

ويفصح هذا النص عن أن المقنن المصري قد التزم جانب الحذر حينما قصر المسئولية عن الاشياء على ماذكرته المادة ١٧٨ وذلك نظرا لما كانت " تقتضيه احوال البلاد في المرحلة الراهنة من حياتها الاقتصادية فهو لم يبلغ شأو القضاء الفرنسي في الحديث من احكامه فيما يتعلق باطلاق حكم هذه المسئولية على الجمادات بجميع انواعها بل اقتصر على الآلات الميكانيكية وبوجه عام على الاشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة وبديهي أن هذا التخصيص قصد به قصر الحكم على تلك الاشياء التي تحتاج لحراسة بسبب الخطر الملازم لها وبهذا

---

(١) انظر نقض مدني مصري في ١٩٣٤/١٢/١٥ ـ المحاماة س ١٥ ص ١٥٥ وراجع في التعليق على هذا الحكم د / سليمان مرقص في الفعل الضار ف ١٦٠ ص ٢١٠ ، ٢١١ .

يكون من الميسور تصور اقامة قرينة على الخطأ فى الحراسة "(١)

وسنرى فيما بعد - ان شاء اللـه - أن مسلك القانون المدنى الفرنسى كان أقرب الى منـهج الفقه الاسلامى فى عدم قصره لنطاق تلك المسئوليـة على الاشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة وذلك بدليل ما أورده الفقـه الاسلامى من تطبيقـات للاشياء التى تكون محلا لمسئولية ذى اليد عليهـا والتى سنرى طرفا منها فى البحث التالى ان شاء الله تعالـى •

---

(١) راجع فى ذلك : مجموعة الاعمال التحضيرية ، الجزء الثانى ص ٤٣٥ ومابعدهـا •

المبحث الثاني
مدى مشروعية المسئولية من اضرار الاشياء الجامدة
في الفقه الاسلامي

يفصح تتبع النصوص الفقهية بصدد حديثها عن الضمان أو التضمين أن الفقه الاسلامي قد عالج وبشكل عميق موضوع المسئولية الناشئة عن اضرار الاشياء عامة سواء تعلقت تلك المسئولية بالاضرار الناشئة عن الحيوان أو عدم تهدم البناء أو عن الجمادات الاخرى .

وقد احتلت دراسة المسئولية الناشئة عن اضرار الجمادات مساحة هائلة في فقهنا الاسلامي سواء من حيث مدى شرعية هذه المسئولية أو من حيث الاساس الذى تقوم عليه أو من حيث شروط تحققها أو من حيث الاثار التى تترتب على وقوع الضرر بسبب يرجع اليها أو من حيث اسباب الاعفاء منها كالقوة القهرية وتدخل المضرور ... الخ

وسنشير فيما يلى الى طرف من تلك الامثلة التى تفصح عن مدى شرعية تلك المسئولية من حيث المبدأ وذلك دون نظر الى ماقد يكون من خلاف فقهى حول بعضها مرجئين مايستنبط منها من احكام لوضعها المناسب من هذه الدراسة وبحسب موضوعها .

وبدهى ان يكون ماضربه الفقهاء من امثلة للمسئولية عن اضرار هذه الاشياء متناسب مع ماهو معروف لديهم فى زمانهم ولكنها مع ذلك — كما يبدو لنا — تتسع فى مدلولها لتشمل ما استحدث من الاشياء فى الازمنة اللاحقة على علاج فقهائنا لهذا الموضوع .

وسنرى مصداق ذلك من خلال هذه الدراسة دون لوى للنصوص أو تحميلها فوق ماتحتمل او لحن بمدلولاتها او تنزيل لما تفصح عنه من احكام على رأى الفقه الوضعى اذا حاشا المسلم ان يكون كذلك .

وفيما يلى عرض سريع لنماذج من الامثلة التى ضربها الفقه الاسلامى للاشياء المرتبة للمسئولية عن اضرارها من حيث المبدأ .

١ — الاضرار التى تنشأ عن وضع حجر أو صخر أو جزع فى الطريق العام (١) أو وضع ذلك على حافة حائط فتسقط بفعل الريح حيث يرتب ذلك الضمان على واضعها لتسببه فيما حاق بالغير من ضرر (٢)

٢ — الاضرار التى تنشأ عن سقوط مايحمله الانسان ، وسواء كان مرد الضرر الى وقوع الشىء على المضرور أو كان ذلك بسبب تعثر الاخير بذلك الشىء حيث أن حمل المتاع فى الطريق وان كان مباحا ولكنه مقيد بشرط السلامة (٣)

---

(١) انظر فى ذلك المبسوط للسرخسى الحنفى حـ ٢٧ ص ٦ ، ٧ حيث يقول : " اذا وضع الرجل فى الطريق حجرا ... أو أخرج من حائطه جذعا أو صخرة شاخصة فى الطريق ، أو وضع فى الطريق جذعا فهو ضامن بما اصاب من ذلك لانه متسبب لهلاك ماتلف به بما احدثه وهو متعد فى هذا التسبب فانه احدث فى الطريق مايتضرر به المارة او يحول بينهم وبين المرور الذى هو حقهم " . وانظر كذلك ملتقى الابحر ص ١٨٧ ، درر الحكام فى شرح غرر الاحكام طبع الآستانة ١٣١٩ هـ حـ ٢ ص ١٠٩ .

(٢) وفى ذلك يقول ابن قدامة الحنبلى فى كتابه المغنى حـ ٧ ص ٨٣١ : " اذا وضع جرة على سطحه او حائطه او حجرا فرمته الريح على انسان فقتلته او شىء فأتلفته لم يضمن لان ذلك من غير فعله ووضعه له كان فى ملكه ويحتمل ان يضمن اذا وضعها متطرفة لانه تسبب فى القائها وتعدى بوضعها فأشبه من بنى حائطا مائلا " .

كما يقول صاحب الانوار لاعمال الابرار ط الجمالية ١٣٢٨ هـ حـ ٢ ص ١٢٨٤ " لو وضع حجرا فى الطريق فتلف به شىء وجب الضمان سواء وضع لمصلحة عامة أم لا " .

(٣) انظر فى ذلك ابن نجيم فى البحر الرائق شرح كنز الدقائق حـ ٨ ص ٤٠٠ حيث يقول " ومن حمل شيئا فى الطريق فسقط على انسان ضمن سواء تلف بالوقوع او بالعثرة به بعد الوقوع لان حمل المتاع فى الطريق على رأسه او على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة " .

وانظر كذلك ملتقى الابحر ص ١٨٨ .

٣ — الاضرار التى تنشأ عن ايقاد النار تعديا فتصيب الغير الا اذا كانت الضرة راجعة الى تدخل سبب أجنبى لايد للضامن فيه (١)

---

(١) انظر فى ذلك لسان الحكام لابن الشحنة المطبوع مع معين الحكام ص ٢٨١، ٢٨٢ حيث يقول " رجل أوقد التنور فاحترق بيته وتعدت الى دار جاره فأحرقتها يضمن صاحب التنور ولو مر بنار فى ملكه او فى ملك غيره فوقعت شرارة منها على ثوب انسان فاحترق قال محمد بن الفضل رحمه الله يضمن وعزاه الى ابى يوسف رحمه الله وقال بعض العلماء ان مر بالنار فى موضع له حق المرور فيه فوقعت منه شرارة فى ملك انسان اوألقتها الريح لايضمن فان لم يكن له حق فى المرور فى ذلك الموضع فالجواب على التفصيل ان وقعت منه شرارة يضمن وان هب به الريح لايضمن وهذا اظهر وعليه الفتوى " .

كما يقول ابن فرحون المالكى فى تبصرة الحكام حـ ٢ ص ٣٤٨ :

" ومن الافعال الموجبة للضمان اذا أوقد رجل نارا لعمل يعمله فترامت النار حتى احرقت زرع رجل فى أندرة فان كان قد غرلقربه من الاندر فهو ضامن والقرب فى ذلك غير محدود وانما يرجع فيه الى اهل المعرفه وان كان عمله للنار على بعد من الاندرة فى موضع مأمون فتحاملت النار أو حملها الريح حتى أحرقت مافى الاندره فلا ضمان على الذى حملها " .

كما يقول ابن حجر الهيثمى الشافعى عن المثال نفسه فى كتابه أسنى المطالب حـ ٤ ص ٧٢، " ويضمن بايقاد النار عدوا اى تعديا أوأوقدها بغير ملكه بلا اذن وان لم يسرف ولاكان ثم ريح أو اوقدها بملكه ولو بغير سطحه حال كون الايقاد فى ريح هابة بحيث يطير بسببها الشرار الى غير ملكه او أسرف فى ايقادها بان جاوز العادة فى قدرها فيضمن ماتلف بها وان لم يكن ثم ريح لتقصيره بخلاف مالوانتفيا " ، كما يقول صاحب المغنى الحنبلى حـ ٥ ص ٣٠٦ " واذا أوقد فى ملكه نارا او فى موات فطارت شرارة الى دار جاره فأحرقتها ... لم يضمن اذا كان قد فعل ماجرت به العادة من غير تفريط لانه غير متعد ولانها سراية فعل مباح فلم يضمن كسراية القود ... وان كان ذلك بتفريط منه بان أجج نارا تسرى فى العادة لكثرتها او ريح شديدة تحملها ... أو اوقد فى دار غيره ضمن ماتلف به " .

٤ ـ الاضرار التى تنشأ عن سكب أو رش الماء فى الطريق العام بحيث يكون ذلك سببا فيما يحيق بالغير من ضرر(١) الا اذا كان لهذا الاخير يد فى ذلك •

٥ ـ الاضرار التى تنشأ عن وضع الاقذار فى الطريق ان كانت مما يحصل بسببها ضرر كقشر البطيخ مثلا (٢)

= وانظر كذلك البهوتى فى منتهى الارادات حـ ٥ ص ٣٠٦ ، وشرائع الاسلام فى الفقه الجعفرى حـ ٢ ص ٢٩١ ط مكتبة الحياة بيروت •

(١) وفى ذلك يقول صاحب البحر الرائق حـ ٨ ص ٣٩٩ :
" اذا صب الماء فى الطريق أو رش او توضأ فعطب به نفس أو مال يضمن لانه متعد فيه بخلاف ما اذا فعل ذلك فى سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد فيه أو وضع خشبة او متاعا له لان لكل واحد من اهله أن يفعل ذلك لكونه من ضرورات السكن كما فى الدار المشتركة ••• قالوا وهذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق منه عادة واما اذا لم يجاوز المعتاد لايضمن ، ولو تعمد المرور فى موضع الصب مع علمه به لايضمن الراش لانه هو الذى خاطر بنفسه فصار كمن وثب فى الطريق من جانب الى جانب فوقع فيها بخلاف ما اذا كان بغير علمه بان كان ليلا او أعمى وقيل يضمن مع العلم ايضا اذا رش جميع الطريق يعد لانه مضطر الى المرور فيه " •
وانظر فى هذا المعنى حاشية الشرقاوى على شرح التحرير حـ ٢ ص ٤٥٨ ، ط المطبعة اليمنية بالقاهرة ١٣٠٩ هـ •
كما يقول صاحب الانوار لاعمال الابرار ـ المرجع السابق حـ ٢ ص ٢٨٤ : " ولو رش الماء فى الطريق فزلق به انسان او بهيمة فان رش لمصلحة العامة كدفع الغبار فلا ضمان الا اذا جاوز المعتاد وان رش لمصلحة نفسه وجب الضمان " وانظر فى هذا المعنى نهاية المحتاج للرملى حـ ٧ ، ص ٣٥٤ ـ ٣٦٢ •

(٢) انظر فى ذلك مجمع الضمانات ص ١٣٢ ، الانوار لاعمال الابرار فى المرجع والموضع السابق حيث يقول " ولو طرح قمامة البيت أو قشر البطيخ اوالرمان فى ملكه او فى موات فزلق بها انسان فهلك او انكسر عضو أو تلف بها مال فلا ضمان وان طرحها فى الطريق فتلف بها شىء وجب الضمان اذا كان المتعدى جاهلا بها ، اما اذا مشى عليها قاصدا وهو يراها فلا ضمان ،
=

٦ ـ الاضرار التى تنشأ عن استعمال الاسلحة كمن رمى سهما الى هدف فى ملكه فتجاوزه او أتلف شيئا لغيره (١) أو التى تنشأ عن استعمال الآلات الحادة كالسيوف والفؤوس ونحوهما (٢)

٧ ـ الاضرار التى تنشأ عن استعمال ادوات المهنة كتلك التى تنشأ من استعمال مطرقة الحداد (٣)

= ولو ألقاها فى مواضع معدة للالقاء تسمى المزابل فلا ضمان " .
وانظر كذلك فى هذا المعنى القواعد لابن رجب الحنبلى حـ ١ ص ٢٠٣ ، كشاف القناع على متن الاقناع للبهوتى حـ ٤ ص ١٠٠ .

(١) انظر فى ذلك مجمع الضمانات ص ١٤٦ .

(٢) مجمع الضمانات ص ١٧٠ حيث يقول :
" لو انفلتت فأس من قصاب كان يكسر العظم فأتلف عضو انسان فانه يضمنه " .
وانظر المدونة الكبرى فى فقه المالكية حـ ١٦ ص ٤٥٦ حيث جاء فيها :
" سئل الامام سحنون عمن وضع سيف فى طريق المسلمين أو فى موضع من المواضع يريد به قتل رجل فعطب به ذلك الرجل فمات فقال يقتل به فقال السائل أتحفظه عن مالك ؟ قال لا ولكنه رأيى فقال فان عطب بالسيف غير الرجل الذى وضع له قال لا يقتل به ولا أحفظه عن مالك ولكنه رأيى " .

(٣) وفى ذلك يقول صاحب الفتاوى الخانية المطبوعة مع الفتاوى الهندية . ط الاميرية بالقاهرة ١٣١٠ هـ حـ ٦ ص ٤٦ .
واذا أخرج الحداد حديده من الكير فى حانوته ووضعها على القلاب وضربها بمطرقة فخرج شررها الى الطريق فأحرق رجلا او فقأ عينه فديته على عاقلته ولو احرق ثوب انسان فقيمته فى ماله ولو لم يضربها بالمطرقة ولكن الريح أخرجت شررها فاصاب ما اصاب فهو هدر " .
كما يقول الامام الرملى فى الفتاوى الخيرية لنفع البرية حـ ، ص ، ، ،
" واذا وضع الصبى يده على الزيتون الذى يدار بالحجر المسحوب بالدابة فاصاب الحجر يد الطفل فهرسها وجبت دية الصبى على عاقلة السائق " .

٨ ـ الاضرار التى تنشأ عن استعمال وسائل النقل كالدراجات[1] أو عن تصادم السفن[2]

---

(١) وفى ذلك يقول صاحب مجمع الضمانات ص ١٤٨ :
" اذا اصابت العجلة صبيا فكسرت رجله وصاحبها راكب عليها وقال كنت نائما فعليه أرش الكسر " .

(٢) انظر فى ذلك مجمع الضمانات ص ١٥٠ وحاشية ابن عابدين " رد المحتار " حـ ٥ ص ٥٩٥ ، فتاوى قاضيخان حـ ٣ ص ٢٤١ ، المدونة الكبرى المجلد السادس حـ ١٦ ص ٤٤٦ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير حـ ٤ ص ٢٧٤ ـ ٢٤٩ ، الام حـ ٦ ص ٧٥ ـ نهاية المحتاج حـ ٧ ص ٣٦٦ .

اسنى المطالب حـ ٤ ص ٢١ ـ المغنى لابن قدامة حـ ٨ ص ٣٤٢ ـ ٣٤٥ منتهى الارادات حـ ٢ ص ٤٣١ ـ المحلى لابن حزم حـ ١٠ ص ٥١٠ ، البحر الزخار حـ ٥ ص ٢٤٨ ـ شرائع الاسلام حـ ٤ ص ٤٥٥ .

البـــاب الاول
الحراســـة

تمهيـــــد :

لاريب ان الحديث عن الحراسة يقتضى بداية الوقوف على ماهيتها الـــتى تستأهل ترتيب المسئولية عند توافرها وذلك فضلا عن ضرورة التعرف على العناصر التى يلزم وجودها لتحقق تلك الماهيـة .

وقد يفصح الواقع عن اجتماع هذه العناصر فى يد شخص واحد وقد تتـوزع بين اكثر من شخص وهنا تثور مشكلة تجزئة الحراسة وذلك هو مايقتضى استقصـاء موقف الفقه والقضاء ازاء مدى امكان تجزئة عناصر الحراسة من عدمه . ولئن كـان الفقه قد اجمع على امكانية مساءلة الحارس المميز الا انه اختلف اختلافـا بينـا حول مدى امكانية مساءلة عديم التمييز باعتباره حارسا وذلك هو مايستلزم الحديث عن مدى اشتراط التمييز فى الحارس . ولاريب كذلك أن مساءلة شخص ما باعتبـاره حارسا انما يقتضى ثبوت تلك الصفة بالنسبة له وقت وقوع الضرر بسبب الشىء الموجود فى ظل حراسته لـه .

واخيرا فان الحراسة قد تزول بمقتضى تنازل الحارس عن محلها أو بمقتضى انتقالها منه الى الغـير .

ومن هنا تتوزع الدراسة فى هذا الباب على فصول اربعة :

الفصـل الاول : فى ماهية الحراسة وعناصرها

الفصـل الثانى : فى مدى قبول الحراسة للتجزئة

الفصـل الثالث : فى مدى اشتراط التمييز للحراســـة

الفصـل الرابع : فى اثبات الحراسة وانقضائها وانتقالهـا

الفصل الاول
ماهية الحراسة وعناصرها

المبحث الاول
ماهية الحراسة وعناصرها فى الفقه والقانون المدنى

المطلب الاول
ماهية الحراسة

تمهيد :

يفصح نص المادة ١٧٨ مدنى مصرى عن ان المقنن لم يحدد مدلول الحراسة التى تنهض عليها المسئولية عن الاشياء وذلك على الرغم من انه افصح عن هذا المدلول بصدد المسئولية عن حراسة الحيوان وعن حراسة البناء م ١٧٦ ، ١٧٧ مدنى ، ونظرا لاتحاد مبنى المسئولية عن حراسة الاشياء مع مبنى المسئولية عن حراسة كل من الحيوان والبناء • وازاء ماتوحى به الاعمال التحضيرية من وحدة فكرة الحراسة عن كل ذلك(١) فان الفقه يرى انه لاضير من الالتجاء الى المادتين السابقتين على المادة ١٧٨ لتحديد مدلول الحراسة وفقا لهذه المادة الاخيرة • اذ لو كان مستقرا فى ذهن المقنن اختلاف مفهوم الحراسة بصدد المادة ١٧٨ عن سابقتيها لافصح عن ذلك وخاصة مع قرب عهده بالحديث عن المسئولية الناشئة عن حراسة كل من الحيوان والبناء • ومن ثم فانه لايمكن حمل ذلك السكوت الاعلى اتجاه قصد المقنن الى وحدة هذه الفكرة التى يجمعها رباط الخضوع للمسئولية عن الاشياء بصفة عامة •

واذا ما ارجعنا البصر فيما نصت عليه كل من المادة ١٧٦ ، ١٧٧ لافادتنا بصريح نصهما على ان الحارس ليس هو مالك الحيوان أو البناء حيث جرت عبارتهما على ان حارس الحيوان (أو البناء) ولو لم يكن مالكا ...... "

ومرد ذلك ان مالك الشئ قد يكون مقطوع الصلة به من حيث السيطرة المادية عليه فقد يكون الشئ مؤجرا أو معار أو مسروقا من مالكه ومن ثم فان الحراسة ليست ملازمة للملكية بالضرورة • وفضلا عن ذلك فان نص المادة ١٧٦ قد افاد كذلك بعدم التلازم بين الحراسة وبين الحيازة المادية للشئ اذ تقرر

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٤٢٤ ، ٤٢٦ ، ٤٣٥ •

تلك المادة أن " حارس الحيوان مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب " .

ونخلص من ذلك الى ان الحارس ليس هو مالك الشيء بالضرورة كما انه ليس دائما هو كل حائز له (١) واذا لم يكن حارس الشيء هو مالكه او حائزه بالضرورة فمن يكون اذن ؟

ذلك ماسنعرض للاجابة عنه من خلال الاشارة الى مفهوم الحراسة في الفقه والقضاء الفرنسي والمصري .

اولا : مفهوم الحراسة فى الفقه والقضاء الفرنسي :

لقد اختلف الفقه الفرنسي حول تحديد مدلول الحراسة المرتبة للمسئولية عن الاشياء وتمثل ذلك فى ظهور النظريتين التاليتين :

أ - نظرية الحراسة القانونية :

يتحدد الحارس وفقا لهذه النظرية فيمن له سلطة قانونية على الشيء تخوله الحق فى استعماله ورقابته وتوجيهه بمقتضى ماهو ثابت له من حق عيني عليه أو حق شخصي متعلق به .

- ومن ثم - فان مجرد الحيازة المادية للشيء أو توافر السلطة الفعلية عليه دون استناد ذلك الى حق قانوني لايعتبر محققا لمفهوم الحراسة في هذا الصدد (٢) ويتضح من ذلك ان هذه النظرية تربط بين وجود السلطة

---

(١) انظر فى ذلك : د / محمد لبيب شنب فى رسالته المسئولية عن الاشياء ط ١٩٥٧ ف ٥٦ ص ٧٧ - د / عبد الحي حجازى فى النظرية العامة للالتزام حـ ١ مصادر الالتزام ط ١٩٥٤ ص ٥٥١ - د /محمود جمال الدين زكى فى الوجيز فى نظرية الالتزام فى القانون المدنى حـ ١ ، ط ١٩٧٦ حـ ١ - مصادر الالتزام ف ٣٠١ ص ٥٥٧ .

(٢) انظر في ذلك - هنرى مازو فى الخطأ فى الحراسة المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٢٥ ص ٧٩٣ .

- كوبيس فى المسئولية عن حوادث السيارات رسالة من باريس ١٩٢٨ ، ص ٧٧ .

القانونية على الشئ وبين ثبوت المسئولية عن حراسته فكلما وجدت السلطة الاولى تحقق مفهوم الثانية كما ان انتفاءها يستتبع عدم وجود الاخيرة .

وتطبيقا لذلك : لايعتبر التابع حارسا على الشئ رغم الوجود المادى للشئ فى حوزته (١) كما ان السارق لايعتبر حارسا على الرغم من وجود المسروق تحت سلطته وان لم يكن لهالحق مباشرة هذه السلطة (٢) .

ومتى انتفى كون التابع والسارق حارسا فان ذلك يستتبع القول بمسئولية المالك عما يحدثه الشئ المملوك له من ضرر بمقتضى ماله من سلطه قانونية عليه . ولقد اعتمد القائلون بذلك من الفقه الفرنسى على حجة مستمدة من نص المادة ١٣٨٥ مدنى حيث تقرر مسئولية حارس الحيوان حتى لو ضل أو تسرب، اذ يرون انه ليس لثبوت المسئولية فى تلك الحالة من تفسير الا انها تنهض على فكرة الحراسة القانونية نظرا لتحقق المسئولية على الرغم من فقد الحيوان أو ضياعه (٣) ومبنى القياس هنا أن حراسة الشئ الجامد لها ذات المعنى الذى هو ثابت لحراسة الحيوان (٤) .

Coressi (Alexandre) : De la responsopilite encorue par. les automobilistes. a. raison des dommages causes par eux. ==

ـ د / محمد لبيب شنب فى المرجع السابق ف ٥٧ ص ٧٧ ومابعدها .
ـ د / محمد نصر رفاعى فى رسالته الضرر كأساس للمسئولية المدنية فى المجتمع المعاصر ف ٤٢٥ ص ٥٣٥ ، ٥٣٦ .

(١) هنرى مازوا ـ تعليق فى سيرى ١٩٢٧ ـ ١ ـ ١٣٢ اشار اليه د / احمد شوقى عبد الرحمن فى مسئولية المتبوع باعتباره حارسا ط ١٩٧٥ ف ٦٣ ص ٦٠ ، جوسران فى دروس فى القانون المدنى الوضعى الفرنسى باريس ط ٢ حـ ٢ ص ٤٤٥ .
Josserond, louis: Cours de droit Givel positif francais

(٢) هنرى مازوا فى الخطأ فى الحراسة ، المرجع السابق ص ٧٩٣ .
(٣) هنرى مازوا فى المسئولية حـ ٢ ط ٥ ف ١٥١٨ ـ ١١٦٠ .
ـ د / محمد لبيب شنب فى المرجع السابق ف ٥٧ ص ٥٨ .

وذلك هو ما اعتنقته محكمة النقض الفرنسية لفترة من الزمن حيث اقرت " بان الحراسة رغم سرقة الشيء لم تزل لمالك الشيء المسروق " (١)

بيد ان هذه النظرية لم يكتب لها البقاء طويلا لكثرة ماوجه اليها من المطاعن التى تخلص فيما يلى : (٢)

اولا : لان الاستناد الى نص المادة ١٣٨٥ مدنى فرنسى لايصلح مبررا لتلك النظرية حيث ان هذه المادة وان لم تربط فكرة الحراسة بالحيازة المادية للشيء الا ان ذلك لايعنى بالضرورة ان السلطة القانونية هى مناط تحقق الحراسة وخاصة مع مايفصح عنه عجز تلك المادة من مسئولية حارس الحيوان " وان لم يكن مالكا له " اذ ليس لهذه الاضافة من تفسير الا انه لايشترط فى الحارس ان يكون صاحب حق على الشيء (٣)

---

(١) انظر فى ذلك : جازيت دى باليه — ١٩١٣ — ١ — ١٣١ — ، مازونى مطول المسئولية حـ ٢ ط ٥ ف ١١٥٨ ص ١١٦٠ ، د / محمد لبيب شنب فى رسالته ف ٥٧ ص ٧٨ .

(٢) انظر فى نقد هذه النظرية :
— جولدمان فى رسالته تعيين الحارس المسئول عن فعل الجوامد

Goldman.(Barthod):De la determimation du gardien respo msable du foit des chosès inamnlmees.

ف ١٠٤ ص ١٧٤

— هنرى مازوا فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٥ ص ٧٩٣ ، ومطول المسئولية حـ ٢ ف ١١٧٠ ص ٢٤٦ .
— د / محمد لبيب شنب فى رسالته ف ٥٧ ص ٧٧ ومابعدها .
— د / عبد الفتاح عبد الباقى فى المسئولية عن حوادث السيارات وغيرها من الاشياء الخطرة ، مذكرات لدبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق جامعة الكويت ط ٧٢/١٩٧٣ ف ٤٦ ص ١١٥ .
— د / احمد شوقى عبد الرحمن فى مسئولية المتبوع باعتباره حارسا ط ١٩٧٥ ص ٥٨
— د / سهير منتصر فى رسالتها تحديد مدلول الحراسة فى المسئولية عن الاشياء حقوق عين شمس — ص ١٠٤ ومابعدها .

(٣) وذلك هو ما اتجهت اليه بعض احكام النقض الفرنسية من نفى الربط =

ثانيا : أن القول بعدم اعتبار السارق حارسا بدعوى انعدام سلطته القانونية على الشيء انما هو قول غير دقيق وآية ذلك ، ان القانون يحمي الحائز ولو كان سيء النية ولاشك ان السارق يعتبر حائزا للشيء المسروق مما يستتبع القول بان له سلطة قانونيه عليه وذلك يهدم القول بحتمية اعتماد الحراسة على تصرف قانوني لانتقالها الى آخر .

ثالثا : أن هذه النظرية تستتبع من النتائج العملية مايجافي العدالة بيقين اذ انها تجعل المالك مسئولا عن حراسة ماسرق منه خلال المدة التي يحق له فيها استرداده ، وحيث ان السارق لايستطيع نقل حراسة المسروق الى شخص آخر ولو كان حسن النية لانعدام سلطته القانونية على الشيء . فان ذلك يستتبع القول بامكان تتابع الايدى الحائزة له ماديا ،ومع ذلك يظل المالك مسئولا عن حراسة ذلك المسروق فيجتمع عليه بذلك مصيبة سلب ماله وتبعة المسئولية عن جناية غيره (١) ، ولاشك ان هذه النتيجةتصدم الاحساس بالعدالة عند جمهور الناس فضلا عن رجال القانون .

— بين الحراسة والملكية حيث قضت بان قرينة الخطأ الواردة بالمادة ١٣٨٤ لاترتبط بصفة المالك لكنها ترتبط بصفة حارس الشيء الذى احدث الضرر ومن ثم فان المالك قد يعتبر حارسا للشيء ولكنه ليس هناك مايمنع من أن تتحقق صفة الحراسة لشخص آخر وبالتالي فانه يفترض فرضا قابلا لاثبات عكسه أن المالك هو الحارس وذلك على اساس ان له كل السلطات الممكنة على الشيء وتظل له تلك الصفة حتى يثبت نقلها عنه " نقض مدني فرنسي في ١٢ يناير ١٩٢٧ .
داللوز الدوري ١٩٢٧ — ٤٥ — وتعليق سافاتيه .

(١) د / محمد لبيب شنب في رسالته السابقة ف ٥٧ ص ٨٠

— نعيم عطيه في مقال له " تحديد مدلول الحراسة على الجمادات — مقال منشور في مجلة المحاماه ، س ٣٦ ع ٤ ص ٦٢١ .

وفضلا عما تقدم فان القول بهذه النظرية قد يستتبع التشجيع على ارتكاب الجريمة نظرا لعلم السارق بتحمل غيره لمسئولية الحراسة عن ذلك الشـــــى المسروق . (١)

لكل ذلك تحول الفقه والقضاء عن نظرية الحراسة القانونية وكان الحكـــم الحاسم فى هذا الصدد هو حكم الدوائر المجتمعه لمحكمة النقض الفرنسيـــة الصادر فى ٢ ديسمبر ١٩٤١م حيث قرر هذا الحكم " أن حرمان مالك الشئ من استعماله ورقابتـــه وتوجيهه يزيل عنه صفة المالك " (٢)

---

(١) د/عاطف النقيب فى النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن فعل الاشياء فـــي مبادئها القانونية واوجهها العملية منشورات عويدات ، بيروت ص ١٧ ومابعدهـــا .

(٢) وقد عرف القرار المبحوث فيه بقرار " فرانك Franck " وقد ورد فيه
" Attendu que rejeter la demande des consort connotiarret declare au au moment ou iaccident est produit franck de possed e de sa voiture par leffet du vol se thouvant dans linpossibilite d'exercer sur la di be voiture aucune surveillance qu' en ietat de cette constatalon de laquelle il. resulte que francit prive de usage de la direction et du. controle de sa voiture n'en avait plus la garde et netait plus soumis a la eresomption de responsabilite point viole le texte precite" JCP 42 11-776. sirey 411, 411,217.

وترجمة هذا الحكم كما يلى " حيث ان الحكم المطعون فيه قد رفض دعوى الورثة تأسيسا على ان المدعى عليه وقت ارتكاب الحادث كان قد تجـــرد من سيارته بفعل السرقة ومن ثم كان يستحيل عليه ان يباشر عليها أدنى رقابة ، ولما كان صاحب السيارة قد حرم من استعمال سيارته ومــــن =

ب - نظرية الحراسة الفعلية :

يتحدد مناط الحراسة وفقا لهذه النظرية بتوافر السلطة فى استعمال الشيء ورقابته وتوجيهه وذلك بصرف النظر عما اذا كانت هذه السلطة

= رقابتها وتوجيهها فقد زالت عنه صفة الحراسة ولم يعد ثمة محل لاثارة قرينة المسئولية التى نصت عليها الفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى فى حقه ، وبالتالى فان حكم محكمة الاستئناف المطعون فيه عندما قرر مساءلة المدعى عليه لم يجانب الصواب فى تطبيق المادة ١٣٨٤/١١١ .

وقد علق الدكتور سليمان مرقس على هذا الحكم فى مؤلفه المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية - القسم الثانى - الاحكام الخاصة ، ط معهد الدراسات العاليه ١٩٦٠ ف ١٧٩٤ ، ص ١٦٤ هامش ١/ قائلا انه : " كان يمكن القول فى هذه الحالة بمسئولية مالك السيارة الى جانب مسئولية السارق تطبيقا لنظرية تعادل الاسباب (التى تأخذ بها محكمة النقض الفرنسية) اذ كان قد وقع من المالك تقصير فى حفظ السيارة لولاه ما امكنت سرقتها ولا سيطرة السارق عليها تلك السيطرة التى أدت الى وقوع الفعل الضار ، غير ان محكمة النقض " الفرنسية " أبت متابعة منطق نظرية تعادل الاسباب الى هذا الحد ، فقضت دائرتها المدنية فى ٦ يناير ، ١٢ ، ١٥ مارس من سنة ١٩٤٣ بأن تقصير المالك فى المحافظة على سيارته والحيلولة دون سرقتها لايعتبر دورا ايجابيا فى حدوث الضرر ويظهر من ذلك أن مقتضيات العدالة حملت محكمة النقض على الانحراف فى هذا الموضوع عن نظرية تعادل الاسباب والاخذ بنظرية السببية الفعاله .... " .

تنهض على حق قانوني أم لم تكن كذلك • [(١)]

ولا ريب في ان توافر تلك السلطات في يد شخص ما انما يستتبع القـــول بتحقق سيطرته الفعلية على هذا الشئ ومن ثم فان الحارس وفقا لهـــذه النظرية هو من له السيطرة الفعلية على الشئ ولو لم يستند في سيطرته تلـــك الى حق ما • وبالتالي فانه لا يشترط في الحارس ان يكون مالكا للشئ اوصاحب حق عيني عليه كالمنتفع اوصاحب حق شخصي كالمستأجر والمستعير كما انـــه لايشترط مشروعية يد الحارس على هذا الشئ اذ يعتبر السارق والغاصب حارسا متى توافرت له السيطرة الفعلية على الشئ المسروق والمغصوب • [(٢)]

---

(١) انظر في ذلك الاستاذ بيشو في رسالته " استقلال المسئولية عن فعل الاشياء والمسئولية عن فعل الغير امام القضاء المعاصر • باريس ١٩٣٣ ص ١٥٤ حيث يقول " ان مقارنة بسيطة للمادة ١٣٨٤/١ مـــع المادتين ١٣٨٥ ، ١٣٨٦ كافية لاستبعاد معاني الملك "عن الحارس"

Bichot, jacaues: l'autonomie de al responsabilite de fait des choses et du fait d'autrui devant la jurisprudence contemporaine.

وانظر كذلك : د / عبد الفتاح عبد الباقي في المرجع السابق ص ١٠٢ ، والاحكام العديدة التي اشار اليها في هامش ص ١٠٣ •

ـ د / محمد لبيب شنب في المرجع السابق ف ٥٨ ص ٨٠ ومابعدها •

ـ د / محمد نصر رفاعي في رسالته المرجع السابق ف ٤٢٦ ص ٥٣٨ ومابعدها

ـ د / سهير منتصر في رسالتها المرجع السابق ص ١١٧ ومابعدها •

(٢) انظر في ذلك : روديير في المسئولية ف ١٥٤٠ ص ١٦٧ ، مازونـ في المسئولية حـ ٢ ف ١١٦٠ ، جان لوبي المسئولية عن حـــوادث السيارات ١٩٣٢ ، ٩٥

Loup (Jean): la responsabilite de droit acuses par. les automobiles.

وانظر كذلك : د / السنهوري في الوسيط حـ١ ف ٧٢٦ ص ١٢٢٨ د /لبيب شنب في رسالته ف ٥٨ ـ د /عبد الحي حجازي في النظرية العامـــة للالتزام حـ ٢ مصادر الالتزام ط ١٩٥٤ ص ٥٥٢ ، د /جميل الشرقـاوي

وفضلا عما تقدم فان الحراسة وفقا لهذه النظرية لاتستلزم تحقق الحيازة المادية للشيء حيث انها تقوم على السلطة ومتى انتفت السلطة عن الحائز فانه لن يكون حارسا كما ان انتفاء الحيازة المادية لايعني بالضرورة فقد الحراسة طالما أن سلطة الحائز لاتزال قائمة على الشيء . (١)

ولئن كانت السلطة الفعلية هي مناط الحراسة وفقا لهذه النظرية ، فان الممارسة الفعلية لها ليست بشرط لاعتبار الشخص حارسا حيث تثبت هذه الصفه للشخص ولو لم يمارس سلطته الفعلية على الشيء ولو لم يستعمله مادامت هذه السلطة ثابتة له واقتنعت منازعته فيها . (٢)

وغني عن البيان ان انتفاء السلطة الفعلية على الوجه المتقدم يستتبع القول بعدم اعتبار الشخص مسئولا عن الشيء بوصفه حارسا له .

وتطبيقا لذلك فان التابع لايكون حارسا للشيء الذي يحوزه (٣) كما هي الحال في السائق الاجير لسيارة مملوكة لغيره ، اذ أن السائق وان كانت يده على الشيء الا انها حيازة مادية محضة لاتخوله سلطة الامر على الشيء حيث تظل هذه السلطة لمالك السيارة ولاعبرة في مثل تلك الحالة بما اذا كانت علاقة التابع بالمتبوع قائمة على عقد كما تقدم أو لم تكن قائمة على ذلك كعلاقة

= في النظرية العامة للالتزام حـ ٢ مصادر الالتزام ط ٧٦ ص ٥٠٠ ، د / محمود جمال الدين زكي في المرجع السابق ف ٥٥٤ ص ٧٠٠

(١) ، (٢) د / محمد لبيب شنب في رسالته ف ٥١ ص ٨٤ .

(٣) نقض مدني فرنسي في ١٧ ابريل ١٩٤٧ ، داللوز ١٩٤٧ ص ٥٦٢ ، ونقض مدني فرنسي في ٦ يونية ١٩٥٢ ، داللوز ١٩٥٢ قسم الاحكام المختصرة ص ٦٧ ونقض مدني فرنسي في ١٩٧١/٣/٢٦ ـ مجلة الاسبوع القانوني J.C,P (se maime juridique) في ١٩٧٢ و ١٦٩٥٧ وانظر د / السنهوري في المرجع السابق ف ١٠٧ ص ١٢٧ ، د/لبيب شنب في المرجع السابق ف ١٠٧ ص ١٢٦ ومابعدها ، د / حشمت ابو ستيت في مصادر الالتزام ط ١٩٦٣ ف ٥١٧ ص ٤٧٩ ، د / سليمان مرقس في الفعل الضار ف ١٦٦ والاحكام الخاصة المرجع السابق ، ف ١٧٩ ص ١٦٥ ، د / انور سلطان في النظرية العامة للالتزام حـ١ مصادر الالتزام ط ١٩٦٢ ف ٥٦٦ ص ٦٢٠ .

الزوج بزوجته وعلاقة الابن بوالده . كما انه لايشترط لقيامها تقاضى التابع لاجر نقابل عمله أو علمه بالاصول الفنية لعمل المتبوع ، اذ ان الشرط الوحيد لذلك هو ان يعمل التابع لحساب متبوعه اما اذا استأثر التابع باستعمال الشئ لحسابه واستخدمه لمصلحته الذاتية فانه يعتبر فى هذه الحالة حارسا .

موقف الفقه والقضاء المصرى :

اوضحنا فيما تقدم ان الفقه المصرى يرى بحق ضرورة الالتجاء الى كل من المادة ١٧٦ ، ١٧٧ مدنى لتحديد مفهوم الحراسة للاسباب التى ذكرناها من قبل وانتهينا الى ان الرجوع الى نص هاتين المادتين يفصح عن انه لاتلازم بين الملكية والحراسة كما ان لا تلازم بين الحراسة وبين الحيازة المادية للشئ .

وفيما يبدو لنا فان هذه النتيجة لابد انها مفضيه الى القول بأن التقنين المدنى المصرى يعتنق نظرية الحراسة الفعلية على الشئ ، ومرد ذلك ان انتفاء التلازم بين الحراسة والملكية ينفى ضرورة قيام الاولى على اساس الحراسة القانونية ، وذلك فضلا عما دلت عليه المادة ١٧٧ من انتفاء التلازم بين الحراسة وبين مجرد الحيازة المادية للشئ ، ومتى انتفى قصد المقنن الى كفاية هذه الحيازة لتحقيق مفهوم الحراسة فمن البدهى ان يضم اليها مايصلح ان يكون مبررا للمسئولية فى تلك الحالة ولن يكون ذلك الا فى نظرية الحراسة الفعلية بعناصرها القانونية ، وبالاضافة الى ذلك فانه اذا كان القانون المدنى الفرنسى يمثل المصدر التاريخى للنصوص القانونية المصرية المتعلقة بالحراسة فان تلك النصوص قد اقرت فى الوقت الذى استقر فيه الفقه والقضاء الفرنسيين على الاخذ بنظرية السلطة الفعلية كمناط لتحديد مفهوم الحراسة (١) وذلك مايجمع عليه الفقه المصرى . (٢)

---

(١) انظر فى ذلك د / محمد نصر الدين فى رسالته السابقة ، ف ٤٢٧ ، ص ٥٤٠ ، ٥٤١ .

— د / سهير منتصر فى رسالتها السابقة ص ١١٥ ، ٢٢٦ .

(٢) انظر فى ذلك : د / السنهورى فى الوسيط حـ١ ط ٢ ف ٧٢٦ ص ١٢٢٨ ،

وهو ماجرى عليه قضاء النقض المصرى منذ صدور القانون المدنى الحالى وفى ذلك تقول محكمة النقض ان " حارس الاشياء الذى يفترض هذا الخطأ فى جانبه على مقتضى نص المادة ١٧٨ من القانون المدنى هو ذلك الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى تكون له السلطة الفعلية على الشئ قصدا واستقلالا ... ذلك ان العبرة فى قيام الحراسة الموجبة للمسئولية على اساس الخطأ المفترض هى سيطرة الشخص على الشئ سيطرة فعلية لحساب نفسه .. " (١)

= د / عبد الفتاح عبد الباقى فى المرجع السابق ف ٤٩ ص ١٢٠ ـ دكتور حشمت أبو ستيت فى مصادر الالتزام ط٢ ف ٥٥٢ ص ٥٠٨ ـ دكتور عبد المنعم فرج الصدة فى مصادر الالتزام ط ١٩٦٠ ف ٥٣٣ ص ٥٨٠ دكتور/ لبيب شنب فى المرجع السابق ف ٦٠ ص ٨٢ ـ د / منصور مصطفى منصور فى مذكرات فى مصادر الالتزام ١٩٧٢ ص ١٩١ ـ دكتور محمد كامل مرسى فى الالتزامات ح٢ ط ١٩٥٥ ف ١٧١ ص٢١٢ ـ د / عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام ح٢ مصادر الالتزام ط ١٩٥٤ ف ٦٩٦ ص ٥٥١ ـ د / سليمان مرقص فى الفعل الضار ط ١٩٥٦ ف ١٦٦ ص ١٨١ ، محاضرات فى المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية ط الدراسات العربية ١٩٦٠ بالقسم الثانى ف ١٧٩ ص ١٦٥ ـ د / جمال الشرقاوى فى المرجع السابق مصادر الالتزام ط ٧٦ ص ٥٠٠ ، انور سلطان فى المرجع السابق ف ٥٦٦ ، ص ٦١٩ ط ١٩٦٢ .

(١) ـ د / عبد الرازق حسن فرج فى المصادر غير الارادية ف ٥٥ ص ٦٧ .

ـ د / سمير تناغو فى نظرية الالتزام ط ١٩٧٥ ف ٢٤٦ ص ٣٤٤ .

ـ د / نعمان جمعه فى دروس فى الواقعة القانونية ط ١٩٧٢ ص ١١٤ .

ـ د / حسن عكوش فى المسئولية العقدية والتقصيرية فى القانون المدنى الجديد ف ٢١٢ ص ٤٢٦ ط ١٩٧٣ .

ـ د / محمود جمال الدين زكى فى المرجع السابق ف ٣٠٧ ص ٥٥٧ .

ـ الاستاذ حسين عامر فى المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية ط ١٩٥٦ ح ١ ف ٦٩٩ ص ٧١٣ ـ د / احمد سلامه فى مصادر الالتزام ط ٧٥ ف ٢٧٤ ص ٣٣٠ ـ ١ ـ نقض مدنى فى ٢٥ / ٤ / ٧٨ الطعن رقم ١٤٩ س ٢٩ ص ١٠٩٤ الموسوعة الذهبية للاستاذين حسن الفكهانى وعبد المنعم حسنى ، الاصدار المدنى ح ٩ ص ٨٤ ـ ٨٧ ط الدار العربية للموسوعات ١٩٨٢ ، وانظر نقض مدنى فى ١٢ / ٤ / ١٩٧٩ الطعن ١٣٠ لسنة ٤٤ ق ونقض مدنى فى ٢٤ / ٤ / ١٩٧٨ الطعن رقم ٨٥٠ ، لسنة ٤٤ ق .

المطلب الثانى
عناصــر الحراسة الفعليـــــة

تنهض الحراسة الفعلية على عنصرين احدهما مادى والآخر معنوى .

أولا : العنصر المادى للحراسة :

وتتمثل مظاهر هذا العنصر فى استعمال الشئ وتوجيهه ورقابته ..
ونشير فيما يلى الى المقصود بهذه المظاهر المادية للحراسة الفعلية :

أ ـ سلطة الاستعمـال :

يقصد بالاستعمال : سلطة الشخص فى استعمال الشئ كأداة لتحقيق غرض معين وفق ما أعد له ذلك الشئ بطبيعته (١) فاستعمال السيارة يكـــون بركوبها وحمل الاثقال عليها واستعمال آلة النسيج مثلا يكون باستخدامهـــا فى صناعة المنسوجات ، كما يدخل فى مفهوم تلك السلطة استخدام الشـــئ لعمل من اعمال المهنة ومن ثم فان الميكانيكى الذى يقوم باصلاح السيـــارة يعتبر مستعملا لها اثناء فترة الاصلاح والامر كذلك بالنسبة لمتعهد النقـــل حيث يعتبر مستعملا للاشياء التى ينقلها اثناء عملية النقل وبالتالى فانه يعتبر حارسا لما تعهد بنقله (٢)

---

(١) جولدمان فى رسالته تحديد الحارس المسئول عن فعل الاشياء غيـــر الحية ف ١٢٣ ص ١٩٩ .
ـ د / عبد الفتاح عبد الباقى فى محاضراته السابقة ف ٤٠ ص ١٠٤ .
ـ د / لبيب شنب فى رسالته ف ١٢٣ ص ١٩٩ .
ـ د / سهير منتصر فى رسالتها ص ١١٨ ، ١٢٠ .
ـ د / محمد نصر رفاعى فى رسالته السابقة ف ٩١ ص ١٥٧ ، ١٥٨ .

(٢) سافاتيه فى المسئولية حـ١ ف ٣٣٢ ص ٤٧٦ ، مازوا فى المسئولية حـ ٢ ط ٥ ف ١٠٩٠ .
ـ د / سليمان مرقس فى الاحكام الخاصة ، المرجع السابق ، ف ١٧٩ ص ١٦٣ .
ـ د / عاطف النقيب فى المرجع السابق ص ٢٤ .
ـ د / سهير منتصر فى رسالتها ص ١٩٩ .
ـ د / انور سلطان فى المرجع السابق ف ٥٦٦ ص ٦٢٠ .

ولافرق فى هذا الصدد بين استعمال الشئ لغاية مادية او استعماله لغاية معنوية ، اذ يتحقق بهذه الاخيرة مفهوم الاستعمال كما هو متحقق بالاولى وبالتالى فانه يعتبر حارسا ذلك الذى تطوع بنقل صديقه مجانا من مكان لاخر بواسطة السيارة المملوكة للاول وذلك على الرغم من انه لم يجن فائدة من وراء هذا الاستعمال (١)

وفضلا عن ذلك فانه لايلزم لتحقق الاستعمال توافر الحيازة المادية على الشئ متى كانت سلطة استخدامه فى يد حارسه كما لو عهد المالك الى تابعه فى استعمال الشئ فى حدود مايراه الاول ، اذ يكون استعمال التابع للشئ حاصلا طبقا لارادة الحارس الذى شاء أن يجرى الاستعمال على هذا الوجه (٢)

كما انه لايلزم الاستمرار فى استعمال الشئ ليبقى الحارس مسئولا عنه كما لو توقف استعمال المزارع لمحراثه الآلى طيلة الفترة التى لاتحتاج فيها أرضه للحرث ، اذ تظل الحراسة بيده طالما انه مابرح صاحب السلطة فى اعطاء الامر ازاء كل مايتعلق به (٣)

وينبغى أن نشير فى هذا الصدد الى الامور التالية :

١ — أن تعدد المستعملين للشئ يقتضى تحديد من له الحراسة عليه وقت استعماله وتوجيهه ورقابته كما لو تعدد استعمال السيارة الواحدة من المالك والتابع والابن ، اذ تثبت الحراسة للمالك فيما لو استعمل

---

(١) د / لبيب شنب فى المرجع السابق ف ٦٥ ص ٨٦ .
— د / محمد نصر الدين رفاعى فى رسالته السابقة ف ٩١ ص ١٥٧ ، ١٥٨
— د / بدر جاسم يعقوب فى رسالته المسئولية عن استعمال الاشياء الخطرة فى القانون الكويتى — رسالة مقدمة الى حقوق القاهرة فى ١٩٧٧ ، ص ٥٧ ، ٥٨ .

(٢) مازو فى المسئولية حـ٢ ف ف ١٠٩٠ ، ستارك فى الالتزامات ف ٤٧١ جوسران فى القانون المدنى حـ٢ ف ٥١٧ ، سافاتيه فى المسئولية حـ١ ف ٣٧٢ ص ٤٧٦ ، د / سليمان مرقص فى الاحكام الخاصة ف ١٧٩ ص ١٦٣ — د / لبيب شنب فى رسالته ف ٦٥ ص ٨٦ ، دكتوره سهير منتصر فى رسالتها ص ١٢٠ ، د / بدر جاسم فى رسالته السابقة ص ٥٤

(٣) د / عاطف النقيب فى المرجع السابق ص ٢٤ .

سيارته بنفسه او بواسطة تابعه ، اما لو انفرد الابن باستعمالها لغاية شخصية لم يكلفه بها والده ولا علاقة له بها فان الحراسة تمسى بيد الابن ويكون انتقالها اليه بواسطة اعارة مفترضة تبررها العلاقة العائلية (١)

٢ — أن سلطة الاستعمال يجب توافرها عند وقوع الضرر حتى يتسنى اعتبار الشخص المستعمل للشئ مسئولا عما ينشأ عنه من اضرار .

ومن ثم : فانه لايمكن مساءلة من لم تثبت له تلك السلطة فى اى وقت من الاوقات أو لان سلطته فى استعمال الشئ قد زالت او لأن هذه السلطة لم تنشأ بعد .

وتطبيقا لذلك : فانه لايمكن اعتبار مالك الشئ المسروق حارسا له حتى لو استرده بعد وقوع الضرر مادام هذا الاخير قد وقع أو تحقق فى الفترة مابين السرقة والاسترداد وذلك نظرا لان المالك لم يكن مستعملا للشئ وقت وقوع الضرر (٢)

٣ — انه يستوى فى المسئولية عن الاشياء ان تكون سلطة الاستعمال مستندة الى سلطة شرعية أم لم تكن كذلك .

ومثال الاولى : مالو استندت هذه السلطة الى حق عينى على الشئ كحق الملكية وحق الانتفاع أو كانت مستندة الى حق شخصى كحق المستأجر والمستعير أو كانت مستندة الى قانون كما هى الحال فى التأميم او الى قرار ادارى صادر من السلطة العامة كالاستيلاء على الشئ للمصلحة العامة .

ومثال الثانية : الاستعمال المبنى على عمل غير مشروع كالسرقة والغصب (٣)

---

(١) د / عاطف النقيب فى المرجع السابق .

(٢) جولدمان فى رسالته ف ٨٢ ص١٣٦ ، ستارك فى رسالته ص٢٤٦ ،
كولان وكابيتان فى مطول القانون المدنى حـ٢ ف ١١٩٦ ص ٦٨٠

Colin, A et copitant, H:traite de droit civil
dalloz, 1959.

— د / لبيب شنب فى المرجع السابق ف ٦٥ ص ٨٦ ، ٨٧ .

(٣) د / السنهورى فى الوسيط حـ١ ف ٧٢٦ ص ١٢٢٨ .

— د / لبيب شنب فى رسالته ف ٦٥ ص ٨٧ .

ب ـ سلطة التوجيـه :

يتجلى مدلول التوجيه فى معنيين احدهما مادى والآخر معنوى ،
أما مدلوله المادى فانه يتمثل فى وضع اليد على الشئ لادارته فعـــلا وذلك كالعامل الذى يضع يده على محرك السيارة ليستعملها (١)

أما مدلوله المعنوى فانه يتمثل فى سلطة الامر التى تقرر أوجه استعمال الشئ واسلوب استعماله واغراض هذا الاستعمال وذلك فضلا عن تحديد المستفيـــد منــه (٢)

فللمالك السيارة مثلا سلطة بقائها فى حظيرتها او اخراجها منها ولـــه سلطة تعيين الشخص المسموح له بقيادتها وتحديد الاماكن التى يمكن لـــه الذهاب اليها والطرق التى يسلكها (٣)

ولاريب أن التوجيه المعنوى هو المقصود هنا ، اذ لا ارتباط بـــين السلطة على الشئ وبين الحيازة المادية له ، ومن ثم فان هذا المدلول المعنوى للتوجيه يتسع ليستوعب الحالات التى يكون فيها الشئ فى حيازة مالكه مع بقـــاء سلطته عليه كما لو ترك شخص سيارته فى محطة السكك الحديدية ريثما يعـــود

---

(١) د / عاطف النقيب فى المرجع السابق ص ٢٥ .
(٢) مازوا فى المسئولية حـ٢ ف ١١٦٠ ـ جولدمان فى رسالتـه ف ١١٢ ص ١٨٥ ، د / محمد لبيب شنب فى رسالته ف ٦٦ ص ٨٨ .
ـ د / محمد نصر الدين رفاعى فى رسالته ف ٩٢ ص ١٥٨ ، ١٥٩ .
ـ د / عبدالفتاح عبدالباقى فى المرجع السابق ف ٤٠ ص ١٠٤ .
ـ د / احمد شوقى عبدالرحمن فى مسئولية المتبوع باعتباره حارسا ف ٦٩ ، ص ٦٥ .

(٣) د / عبدالفتاح عبدالباقى فى المرجع السابق .
ـ د / لبيب شنب ف ٦٦ ص ٦٨ ، د / سهير منتصر فى رسالتها ص ١٢ .
ـ د / بدر جاسم فى رسالته ص ٥٤ .

من السفر ، اذ يظل حارسا لها لاحتفاظه بسلطة توجيهها حيث يستطيع الامر باستخدامها على الصورة التى يراها (١)

جـ ـ سلطة الرقابة :

تتمثل هذه السلطة فى ملاحظة الشئ وتتبع استعماله وفحصه واصلاح ماقد يظهر فيه من عيب (٢) وبالتالى فان الرقابة تقع على الشئ ذاته لا على استعماله .

وهذه الرقابه لاتعنى بالضرورة بقاء الحارس الى جانب الشئ ويلاحظه أو يعاينه ، اذ يمكن ان يكون لتلك الرقابة مدلول معنوى وذلك عندما يعهد صاحب الشئ الى شخص آخر بمراقبته فعليا اثناء استعماله اذ يظل صاحب الشئ معذلك هو الحارس له طالما أن سلطة المعهود اليه بالملاحظة تمثل امتدادا لسلطة الحارس أو انطلاقا منها .

ثانيا : العنصر المعنوى للحراسة :

لايكفى لتوافر الحراسة وفقا للنظرية الاخيرة تحقق المظاهر المادية لها على النحو المتقدم ، اذ يلزم كذلك مباشرة هذه السلطات لحساب من يباشرها اى بقصد تحقيق مصلحة شخصية له وذلك هو مايعبر عنه

---

(١) مازو وجولد مان فى المرجعين والموضعين السابقين .
ـ د / احمد شوقى عبد الرحمن فى بحثه السابق ف ٦٩ ص ٦٥ .
ـ د / السنهورى فى الوسيط ف ٧٢٦ .
ـ د / عاطف النقيب ص ٢٥ .
ـ د / سهير منتصر ص ١٢٠ ،د /عبد الحى حجازى فى المرجع السابق ط ٧٩٦ ص ٥٥١ .
ـ د / حشمت أبو ستيت فى المرجع السابق ف ٥٥٢ ص ٥٠٨ .

(٢) جولدمان فى رسالته ف ١١٢ ص ١٨٥ .
ـ د / لبيب شنب ف ٦٧ ص ٨٨ ، ٨٩ .
ـ د / بدر جاسم فى رسالته السابقة ص ٥٥ .
ـ د / عاطف النقيب فى المرجع السابق ص ٢٥ .
وانظر كذلك ابتدائى القاهرة فى ٢٠ اكتوبر ١٩٥٤ مجلة التشريع والقضاء ٧ ـ ٢١ ـ ٥٧ .

بالعنصر المعنوى [1] وهو ماجرى الفقه على التعبير عنه بوجوب استقلال الحارس في سيطرته على الشيء بمعنى ان لايكون خاضعاً لارادة أو رقابة او توجيه من الغير وبدهى ان ذلك لايتم الا اذا استعمل الشخص الشيء لحسابه ولمصلحته [2] ويستوى بعد ذلك ان تكون المصلحة مادية أو ادبية كما لو استعمل شخص سيارته كسيارة اجرة او قام شخص بتوصيل احد اصدقائه في سيارته على سبيل المجاملة اذ يحقق بذلك مصلحة معنوية من وراء ذلك [3]

ولاشك أن اول الناس بافتراض جمعه لهذه السلطات انما هو مالك الشيء ، ومن ثم فانه يفترض انه هو حارسه ويقع عليه عبء اثبات افتقاد

---

(١) وفي ذلك تقول محكمة النقض ان " الحراسة الموجبة للمسئولية طبقا لنص المادة ١٧٨ من القانون المدنى انما تتحقق وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة بسيطرة الشخص على الشيء سيطرة فعليه في الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه .... " نقض مدني في ١٢/٤/١٩٧٩ الطعن رقم ١٠٧٢ لسنة ٤٥ ق ، كما قضت بأن " النص في المادة ١٧٨ من القانون المدنى على ان كل من تولى حراسة اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة او حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الاشياء من ضرر مالم يثبت ان وقوع الضرر كان بسبب اجنبي لايد له فيه ، يدل على ان الحارس الذى يفترض الخطأ في جانبه هو ذلك الشخص الطبيعي او المعنوى الذى تكون له السلطة على الشيء قصدا واستقلالا ... " نقض مدني ١٣/٥/١٩٧٨ الطعن رقم ١٣٥ لسنة ٤٥ ق ـ انظر في ذلك محمد كمال عبدالعزيز في التقنين المدنى في ضوء الفقه والقضاء ص ٧٠٠ .

(٢) انظر في ذلك : د / لبيب شنب في رسالته ف ٨٠ ص ٩٧ ، ٩٨ ، بدر جاسم في رسالته ص ٥ ، د / سليمان مرقص في الفعل الضار ط ٢ ف ١٦٦ ص ٢١٨ ، والاحكام الخاصة ف ١٧٩ ص ٦٥ ، د / انور سلطان في المرجع السابق ف ٦٦٥ ص ٦٢٠ ونعطيم عطيه في مقاله " تحديد مدلول الحراسة على الجمادات ، مجلة المحاماه س ٣٥ ع ٤ ص ٦٢٨ .

(٣) د / لبيب شنب ، د / بدر جاسم في المرجعين والموضعين السابقين .

هذه الحراسة او انتقالها منـــه (١)

---

(١) مازو فى المسئولية حـ ٢ ف ١١١٠ ، ١١٦٣ ، كولان وكابيتان فــى القانون المدنى حـ ٢ ف ١١٩٥ ص ٦٧٩ ، دالك فى مطول المسئولية المدنية حـ ١ ط ٢ ف ٢٠٨٦ ص ٢٠٨٨

Daleg: Traite de la preponsabilite civile 1967.

وانظر كذلك : د / السنهورى فى الوسيط حـ ١ ف ٧٠٠ ص ١١٩٦ ، ف ٧٢٦ ص ١٢٢٨ ، د / حشمت ابو ستيت فى المرجع السابـــق ف ٥٥٢ ص ٥١٠ ، د / عبد المنعم فرج الصدة ف ٥٥٤ ص ٧٠٠ ، د / محمود جمال الدين زكى فى الالتزامات ف ٣٠٧ ص ٥٥٨ ، دكتور احمد شوقي عبد الرحمن فى المرجع السابق ف ٧١ ص ٦٧ ، دكتـــور / سليمان مرقص فى الفعل الضار ف ١٣٧ ، ٦٦٦ والاحكام الخاصـــة ف ١٤٥ ص ١٨٩ .

المبحث الثاني
ماهية الحراسة وعناصرها في الفقه الاسلامي

تفصح النصوص الفقهية الخاصة بضمان الاضرار الناشئة عن الاشياء الجامدة وبطريقة غير مباشرة عن ان الفقه الاسلامى يرتب المسئولية على من له اليد على الشيء ولو لم يكن مالكا له [١]

بيد ان ذلك المفهوم يتجلى بصورة أكثر وضوحا بصدد حديث الفقهاء عن ضمان الاضرار الناشئة عن الحيوان ، اذ تنطق تلك النصوص بتحمل من له اليد عليه لما ينشأ عنه من اضرار تصيب الغير [٢] وذلك بصرف النظر عما اذا كانت هذه اليد مشروعة أو كانت غير ذلك .

ومن ثم فانه يستوى فى هذا الصدد ان يكون من له اليد على الحيوان مالكا أو مستأجرا او مستعيرا او غاصبا او مودعا أو وكيلا ... الخ [٣]

---

(١) انظر ماسبقت الاشارة اليه من نصوص فقهيه بصدد الحديث عن مدى مشروعية المسئولية عن اضرار الاشياء فى الفقه الاسلامى

(٢) انظر فى ذلك : السرخسى جـ ٢٦ ص ١٩٠ حيث يعلل لضمان راكب الدابة او قائدها ان " الدابة فى ايديهم وهم يصرفونها ويسيرونها كيف شاءوا " ولان الضمان لايتعلق برقبتها بل بذى اليد عليها " الشرقاوى فى حاشية على شرح التحرير جـ ٢ ص ٤٤٨ ط الحلبى ولان " من الحيوان حاكما عليه كأداة بيده لان فعله منسوب اليه وعليه تعهده وحفظه " نهاية المحتاج جـ ٨ ص ٣٨ ، " لان ... بيده لجامها وهو المتصرف فيها القادر على كفها " تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٥٣ وانظر كذلك حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٦ ص ٢٤٢ .

(٣) انظر فى ذلك : الانصارى فى أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٧٣ حيث يقول " والمودع والمستأجر للحفظ كالمالك فى ان كلا يضمن ما اتلفته الدابة فى يده " كما يقول الرملى فى فتاويه جـ ٤ ص ٤٣ عندما سئل عن رجل استعار ثورا عادته النطح وهو عالم به فساقه ثم نطح انسانا فمات فاجاب " بان عاقلة المستعير تضمن دية الانسان المذكور لانه مقصد بارسال الثورة المذكور فمثله ينبغى حفظه " كما يقول صاحب كشاف القناع جـ ٤ ص ٢٨ ويضمن رب البهائم ومستعيرها ومستأجرها ومستودعها ... وقياسه مرتهن وأجير لحفظ .

وذلك هو ماعبر عنه العز بن عبد السلام بقوله " والتقصير فى حفظ الدابة لايختص بمالكها بل يعم من قصر فى ضبطها وحفظها من مالك أو غالب أو مودع أو مستعير أو مستأجر "[١]

ومن ثم : فان الملك ليس هو مناط الضمان او المسئولية حيث ان المالك ذاته لايسأل عن اضرار مايملك من الحيوان بوصفه مالكا له وانما بصفته راكبا أو سائقا اى واضعا يده عليه بصورة ما[٢]

وبالتالى فان مناط الضمان او المسئولية عن اضرار الاشياء فى الفقه الاسلامى انما ينهض على مايعرف فى الفقه الوضعى بالحراسة الفعلية ٠

ولا تتحقق تلك المسئولية فى ظل الفقه الاسلامى الا حيث يتوافر لذى اليد على الشىء استعماله وتوجيهه ورقابته حيث علل الفقهاء لضمان ذوى الايدى على الدابة فى حالة تعددهم بانهم " يصرفونها ويسيرونها كيفما شاءوا[٣] ولان " من مع الحيوان حاكما عليه كأداة بيده وعليه تعهده "[٤]

اذ يصدق التصرف فى الشىء وتعهده وحفظه فيما يصدق على استعمال الشىء وتوجيهه ورقابته ٠

بيد انه ليس يشترط لضمان او مسئولية ذي اليد على الشىء ان يباشر ذلك بنفسه فقد تثبت مسئوليته استثناءا عن اضرار الاشياء التى فى حوزته متى باشر تلك السلطة تابعه الخاص وهو مايعرف فى الفقه الاسلامى بالاجير الخاص اذ يجمع هذا الفقه على مسئولية المتبوع عن اعمال تابعه فى حالتين :

<u>الاولى :</u> وهى حالة الاجير الخاص :

وهو ذلك الشخص الذى يستحق الاجرة بتسليم نفسه الى من استأجره خلال المدة المتفق عليها وان لم يعمل كالخادم فى المنزل والاجير

---

(١) قواعد الاحكام حـ ٢ ص ١٦٦ ٠

(٢) انظر فى ذلك : مسعود صالح فى بحثه المسئولية عن الضرر فى الفقه الاسلامى ، بحث منشور فى مجلة ادارة قضايا الحكومة س١٨ ، ع ٤ ، ص ٤٤٨ ٠

(٣) السرخسى فى المبسوط حـ ٢٦ ص ١٩٠ ٠

(٤) نهاية المحتاج حـ ٨ ص ٣٨ ٠

فى المحل وسائق السيارة لمالكها وموظف الحكومة (١)

<u>الحالة الثانية</u> : وهى ما اطلق عليه الفقهاء (حالة تلوث الاستاذ) ويقصد به الصانع الذى يعمل لمصلحة معلمه (٢) وذلك هو ماعبر عنه صاحب المغنى بقوله : " اذا استأجر الاجير المشترك اجيرا خاصا كالخياط يستأجر اجيرا مده يستعمله فيها فتقبل صاحب الدكان خياطة ثوب ودفعه الى اجيره

---

(١) ويقابل الاجير الخاص الاجير المشترك وهو من لايعمل لشخص واحد على وجه التخصيص بل يعمل لكافة الناس كالصياغ والحداد والطبيب ونحوهم ، اذ يستحق مثل هوءلاء اجورهم بعملهم لابتسلم انفسهم وذلك فضلا عن ان منافعه لم تصر لواحد بعينه وبهذا فارق الاجير الخاص الذى يختص من استأجره بمنفعته مدة العقد دون غيره .

(٢) انظر فى ذلك : البدائع حـ ٤ ص ١٧٤ ـ تبين الحقائق حـ ٥ ص١٣٨ مجمع الضمانات ص ٢٧ ، ٢٨ ، الشرح الكبير وحاشيته الدسوقى عليه حـ ٤ ص٢٨ ، مغنى المحتاج حـ٢ص ٢٥٢ ، المهذب حـ ١ ص ٤١٤ ومابعدها ، المغنى حـ ٥ ص ٤٧٩ ، ٤٨٢ ، المحلى حـ ٨ ص ٢٠١ ، الروض النضير حـ ٣ ص ٣٦١ ، البحر الزخار حـ ٤ ، ص ٥٠ ، شرح النيل حـ ٥ ص ١٦٨ .

وانظر كذلك : الضمان فى الفقه الاسلامى للمرحوم الاستاذ الشيخ على الخفيف ص ١٨٥ .

ـ نظرية الضمان للدكتور / وهبه الزحيلى ص ١٦٥ ، المرحوم الاستاذ الشيخ محمد شلتوت فى المسئولية المدنية والجنائية ص ٢٨ (د / فوزى فيض الله فى رسالته المسئولية التقصيرية .

وتحمل التبعه بين الشريعة والقانون للدكتور / عبد الحميد البعلى ص ٤٦٥ ، كلية الشريعة الفعل الموجب للضمان ، للدكتور / محمد فارون العكان ـ ص ٣١١ ـ حقوق القاهرة ، وضمان المتلفات : الفقه الاسلامى ص ٥٢٥ ، د / سليمان محمد احمد ـ كلية الشريعة

فخرقه أو أفسده لم يضمنه لانه أجير خاص ويضمنه صاحب الدكان لانه أجير مشترك[1] .

الا أن مسئولية المتبوع (او الاجير المشترك) لاتقوم الا اذا توافر لذلك شرطان :

الشرط الأول : أن ينتج الضرر عن العمل الواقع في حدود وظيفة التابع (الاجير الخاص) آله ومحلا وكيفية[2] لان المتبوع (الاجير المشترك) لايسأل عن عمل التابع (الاجير الخاص) الا في حدود مايملك تسليطه عليه واستعماله فيه وذلك فيما يتعلق بشئون الوظيفة التي يؤديها وفي حدودها . أما لو نتج الضرر عن عمل للتابع (الاجير الخاص) خارج حدود وظيفته فان المتبوع (الاجير المشترك) لايضمن[3] .

الشرط الثاني : أن يكون ذلك العمل بأمر من المتبوع (الأجير المشترك) .

ومن ثم فإن عمل الأجير الخاص دون إذن ممن استأجره لايرتب ضمان

---

(١) المغني حـ ٥ ص ٤٨٢ ، وانظر في هذا المعنى - جامع الفصوليين حـ ٢ ص ١٢٢ ، تبيين الحقائق حـ ٥ ص ١٣٨ ، مجمع الضمانات ص ٤٥ ، المدونة الكبرى حـ ٣ ص ٣١ حيث جاء فيها " قلت أرأيت القصار (الدباغ) اذا أفسد اجيره شيئا أيكون على الاجير شيء أم لا ؟ قال لاشيء على الاجير فيما أوتي على يديه الا ان يكون ضيع أو فرط او تعدى قلت ويكون ضمان ذلك الفساد على القصار لرب الثوب قال نعم " .

(٢) جامع الفصوليين حـ ٢ ص ١٢٢ - فتاوى قاضيخان حـ ٢ ص ٣١٧ ، ٣١٨ مجمع الضمانات ص ٤٢ ، ٤٣ - نظرية الضمان للزحيلي ص ١٦٥ ، ١٦٦

(٣) وفي ذلك يقول صاحب جامع الفصولين في المرجع والموضع السابق : " لو سقطت مدقة القصار من يد اجير القصار او تلميذه على ثوب من ثياب القصارة فأتلفته فالضمان على الاستاذ لان هذا من عمل القصار فينسب اليه " وذلك بخلاف مالو " سقطت على ثوب كان وديعة فأتلفته فالضمان على التلميذ " .

الاخير لما ينشأ عن عمل الأول من أضرار [1]

ومتى توافر هذان الشرطان فان الضمان او المسئولية عن الاضرار الناتجه عن عمل التابع يقع على عاتق المتبوع حيث يتوافر لهذا الاخير سلطة على التابع من حيث رقابته وتوجيهه .

ولقد علل الفقهاء لعدم مسئولية الأجير الخاص أو التابع آنئذ بأن عمل هذا الأخير أو تلميذ الأجير المشترك إنما هو لحساب من استأجرهما ، اذ أن الأجير الخاص او التابع نائب عنه ومن ثم فإن يد التابع (الاجير الخاص) على الشيء كيد من استأجره وفعله كفعله ومتى كان ذلك كذلك فإن الأجير المشترك أو المتبوع يتحمل التبعة ولايحق له الرجوع على التابع بما اداه نيابة عنه " لانه فى معنى نفسه والانسان لايرجع بالضمان على نفسه " [2]

وتجدر الاشارة فى هذا الصدد الى أن ضمان المتبوع لتابعه فى تلك الحالة لايثبت إلا حيث يكون الأخير غير متعد بفعله ، أما حيث يكون متعديا فإن الضمان يقع عليه [3] ومن التطبيقات التى ذكرها الفقهاء لهذا الحكم مايلى :

١ - ماروى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه غرم حاطب ابن أبى بلتعة ضعف ثمن المتلف (وهو ناقة المزنى) لما قام به غلمانه (تابعيه وخادميه) من ذبحها وأكلها حيث تحمل المتبوع فى هذا التطبيق تبعة الفعل الضار لتابعيه والذى وقع منهم بصورة مباشرة [4]

---

(١) ولقد ضرب الفقهاء مثلا لذلك بما لو أدخل الاجير الخاص (نارللسرج بامر الاستاذ فوقعت شرارة على ثوب من ثياب القصارة او اصابه دهن السراج لايضمن الاجير وضمن الاستاذ لانه ادخل السراج باذنه فصار فعل الاجير كفعل الاستاذ " وذلك بخلاف مالو " وطىء أجير القصار ثوبا من ثياب القصارة وهو ثوب لايوطأ مثله فحصل له تلف ضمن الاجير لانه لم يوءذن له فى ذلك " انظر فتاوى قاضيخان ومجمع الضمانات فى الموجعين والموضعين السابقين .

(٢) تبين الحقائق حـ ٥ ص ١٣٨ - جامع الفصولين حـ ٢ ص ١٣٠ - المبسوط حـ ١٦ ص ١١ - حاشية ابن عابدين حـ ٥ ص ٥٩ ، الضمان فى الفقه الاسلامى للشيخ الخفيف ص ٢٣٨ - المسئولية التقصيرية لفوزى فيض الله ٣٩٥ ، ٣٩٦ .

(٣) انظر نفس المرجع السابقة فى نفس المواضع .

٢ — ماروا، ابو يوسف ان رجلا أتى الخليفة عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه وقال له " يا أمير المؤمنين : زرعت زرعا فمر به جيش من اهل الشام فأفسدوه فعوضه عمر بن عبد العزيز عشرة آلاف درهم " (١)

٣ — ماروى ان شرطيا فى عهده حفر بئرا فى سوق عامه فوقع فيه انسان فمات ورفع الامر الى الخليفه فحكم على الوالى الذى يتبعه الشرطى بالدية لاهل القتيل (٢)

خلاصة ومقارنة :

يتضح لنا مما سبق ان مدلول الحراسة بحسب ما استقر عليه الفقه والقضاء لايختلف عما سبق اليه الفقه الاسلامى سواء من حيث ماهية الحراسة أو من حيث مايجب ان يتوافر لتحقيقها من عناصر .

كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الاسلامى فى مسئولية المتبوع عن الاضرار التى تنشأ عن عمل التابع طالما كان ذلك فى حدود وظيفة هذا الاخير أو بسببها .

بيد أن هناك قدرا من الخلاف بينهما وهو ينحصر فى أمرين :

الامر الاول : ان القانون المدنى يرى جواز رجوع المتبوع على تابعه بما أداه الاول من ذلك بخلاف مايراه الفقه الاسلامى من عدم جواز هذا الرجوع .

الامر الثانى : ان الفقه الاسلامى قد ربط بين مسئولية المتبوع وبين اعتبار يد التابع يد امانة ، ومن ثم حدد نطاق مسئولية الاول بما ينشأ عن تلك اليد من اضرار وبالتالى فان هذه المسئولية لاتثور عن فعل التابع متى نشأ الضرر عن تعد منه او كان ذلك دون امر متبوعه حتى وان كان ذلك فى حدود وظيفته . وذلك فى حين ان القانون المدنى قد حدد نطاق مسئولية المتبوع بما يقع من

---

(١) الخراج لابى يوسف ص ٦٨ .

(٢) اعلام الموقعين حـ ٢ ص ١٧ ، ١٨ .

— الموطأ حـ ٢ ص ٧٤٨ .

— الزرقانى على الموطأ حـ ٦ ص ٦٤ ، ٦٥ .

التابع من الفعل الضار بصرف النظر عن كونه مشروعا او غير مشروع طالما كان ذلك اثناء تأدية وظيفته او بسببها م ١٧٥ مدني مصري .

وبالتالي فان نطاق تلك المسئولية في ظل القانون المدني أوسع منه في الفقه الاسلامي (١)

وتجدر الاشارة بصدد الحديث عن مدلول الحراسة في الفقه الاسلامي والقانون المدني ان تعبير اليد الذي استعمله الفقه الاسلامي للدلالة على السيطرة الفعلية على الشيء لهو ادق من تعبير الحراسة الذي قد يختلط بعقد الحراسة والذي يلتزم فيه الحارس بالمحافظة على الاموال المعهود اليه بحراستها م ٧٣٤ مدني مصري . وذلك فضلا عن ان الدلالة العرفية لتعبير اليد تتطابق مع دلالته الشرعية ، وذلك بخلاف مصطلح الحراسة الذي تفترق دلالته العرفية عن دلالته القانونية ، اذ تعني الدلالة الاولى لهذا اللفظ مجرد المحافظة او الرقابة ، وبدهي ان ذلك المعنى لايصلح للتعبير عن حقيقة الحراسة المقصودة في نطاق المسئولية عن الاشياء . وقد يحمل ذلك على اللبس في بعض الاحيان ، اذ يمكن بحسب ماتفصح عنه الدلالة العرفية للفظ الحراسة : ان يتصور التابع حارسا للشيء لكونه يستعمله استعمالا فعليا وان كان ذلك لحساب متبوعه ، وذلك على الرغم من ان التابع لايصح اعتباره الحارس المسئول عن الضرر والملتزم بالتعويض عنه . وماكان ذلك اللبس الا لاختلاف الدلالة العرفية لهذا المصطلح عن دلالته اللغوية .

وبالاضافة الى ماتقدم فان استعمال التعبير الشرعي ينبيء عن اصالة فقهية تضرب بجذورها في عمق المسار التاريخي للفكر التشريعي مما يمثل بدوره معلما من معالم الفخار والاستقلال الفكري على مدار التاريخ .

---

(١) انظر تفصيل ذلك : الفعل الموجب للضمان للدكتور / العكام مرجع السابق ص ٣١٧ ، ٣١٨ .

الفصل الثانى
مدى قبول الحراسة للتجزئة

متى اجتمعت السلطات الثلاث المكونة للعنصر المادى للحراسة الفعلية فضلا عن توافر عنصرها المعنوى • فإن الامر لايثير خلافا حول تحديد الحارس حيث لامنازع لمن استجمع تلك السلطات فى سيطرته الفعلية على الشىء كما هو الشأن بالنسبة للمالك الذى يبقى الشىء تحت سلطته دون أن تنتقل الى غيره باى وجه من الوجوه الناقلة لها ومن ثم فانه يكون وحده المسئول عن الضرر الناشىء عن الشىء سواء كان مرده الى طريقة استعماله له أم كان مرده الى خلل أو عيب فيه • بيد أن المشكلة تثور عندما تتوزع تلك السلطات بين أكثر من شخص اذ يجب البحث فى هذه الحالة عمن يكون مسئولا عن الاضرار الناجمة عن الشىء •

فقد يحدث ان تنفصل سلطة الاستعمال عن سلطة الرقابة كما لو أجر شخص سيارة لآخر أو اعارها له وكانت سلطة المستأجر او المستعير لاتتعدى استعمال الشىء دون ان تمتد الى صيانته واصلاحه ويتضح فيما بعد ان عيبا فى الشىء أدى الى حدوث الضرر •

وقد يحدث أن تنفصل سلطة الاستعمال عن سلطة التوجيه كما لو أجر شخص سيارته لآخر واحتفظ الاول لنفسه بالحق فى توجيهها على النحو المتقدم لمفهوم التوجيه •

وهنا يثار التساؤل حول الحارس المسئول فى تلك الحالة أهو من يمارس سلطة الاستعمال على الشىء أم هو من يحتفظ لنفسه بالحق فى رقابته وتوجيهه ؟ وتلك هى المشكلة التى عرفت فى الفقه بمشكلة تجزئة الحراسة والتى اختلف الفقه ازاء مدى تحققها الى الاتجاهين التاليين •

<u>الاتجاه الاول</u> : يرى انه ليس ثمة مايمنع من تجزئة الحراسة على الشىء تبعا لتجزئة السلطة عليه مستدلا على ذلك بما يلى :

<u>أولا</u> : لأن الحارس على الشىء انما يتعين من خلال سلطته عليه وذلك يستتبع القول بان حدود تلك السلطة هى التى تحدد هذه الحراسة •

ومن ثم : فانه اذا كان منشأ الضرر راجع الى استعمال الشىء فان الحارس المسئول عنه يتعين فيمن له سلطة استعمال هذا الشىء •

اما اذا كان مرد الضرر الى عيب فى تكوينه كان الحارس المسئول عنه هو من لــه سلطة الرقابة على هذا الشىء (١)

ثانيا : لانه ليس من العدل ان يتحمل الشخص الذى تسلم الشىء لاستعمالــه فى غرض محدد نتيجة الاضرار التى يحدثها الشىء لعوامل داخليــة كامنه فيه مع انه لاعلم له بها حيث لاسلطان له عليها •

كما انه ليس من العدل كذلك ان يتحمل صاحب سلطة الرقابــة الاضرار التى تترتب على استعمال الشىء فى الوقت الذى لا علاقة لــه بهذا الاستعمـال •

ثالثا : لانه ليس ثمة صعوبة تصادف المضرور عند محاولة اثبات ما اذا كان مرجع الضرر الى استعمال الشىء أم الى عيب فيه ، اذ أن الفرض العـادى هو توافر سلطة الرقابة لمن توافرت له سلطة استعمال الشىء ومن ثــم فانه يفترض فى مستعمل الشىء انه يراقبه ، وبالتالى فانه لايكون علــى المضرور الا أن يثبت مقدما سبب الضرر وذلك فضلا عن حقه فى مقاضـاة من له حق الرقابة على الشىء متى ثبت عدم نسبة الضرر الى استعماله • وذلك هو ماذهب اليه جمهور الفقه والقضاء المصرى والفرنسى (٢)

---

(١) وذلك هو ماحدى بانصار هذا الاتجاه الى التفرقة بين حراســة الاستعمال وحراسة التكوين حيث يرون ان حارس الاستعمال هو من لــه سلطة استعمال الشىء أما حارس التكوين فهو من له سلطة الرقابــة عليــه •
انظر فى ذلك د / سهير منتصر فى رسالتها السابقة ص ١٢٨ ومابعدها
كما ذهب البعض الى تفضيل تسميتها بحراسة داخلية وحراسة خارجية
انظر فى تفصيل ذلك د/ احمد شوقى عبد الرحمن فى بحثه السابــق ف ١٠٤ ص ٩٩ •

(٢) انظر فى هذا الاتجاه : مازو فى المسئولية حـ٢ ف ١١٨٠ ص١١٨٦
جولدمان فى رسالته ف ١٣٢ ص ٢٠٨ •
وانظر كذلك نقض مدنى فرنسى ١٨/٦/١٩٧٥ ـ المجلة الفصليــة للقانون المدنى ١٩٧٦ ص ١٤٦ •

الاتجاه الثاني : ويرى ان الحراسة لايمكن ان تتجزأ وذلك لعدة امور مجملها فيما يلي :

اولا : لان انفصال سلطة الاستعمال عن سلطة الرقابة او التوجيه - على فرض تحققه - لايعني تجزئة الحراسة ووجود اكثر من حارس للشيء - ومرد ذلك : ان هذه السلطات وان كانت تمثل المظهر المادي للسيطرة الآمرة التي هي مناط تحقق الحراسة الا انه لايلزم لتحققها استجماع تلك السلطات كلها في يد واحدة ، اذ ليس ثمة مايمنع من تحققها حتى مع انعدام سلطة الرقابة او التوجيه ، حيث تكفي سلطة الاستعمال

- وانظر د / السنهوري في الوسيط حـ ١ ف ٧٢٦ ص ١٢٣٠ حيث يبدو انه يوافق عليها ضمنا اذ يرى انه لو ترك صاحب السيارة سيارته في مكان الوقوف تحت رقابة المشرف (المنادى) فان عمل المشرف هو ان يستبقي السيارة في مكان معين فتصبح له الحراسة من هذه الناحية اما اجزاء السيارة وآلاتها فتبقى في حراسة صاحبها ، فاذا نقل شخص السيارة من مكان الى آخر ولو من غير علم المشرف فأحدثت ضررا كان المشرف هو المسئول واذا كان بالسيارة خلل أحدث ضررا فان المسئول عن هذا الضرر هو صاحب السيارة " .
- د / عبد الحي حجازي في المرجع السابق ص ٥٥٤ ومابعدها وان كان يرى " ان تقسيم الحراسة الى حراسة استعمال وحراسة تكوين لايصح الا اذا كان الشيء في يد غير يد مالكه " وانظر كذلك :
- د / حشمت ابو ستيت في المرجع السابق ف ٥٥٢ ص ٥٠٩ .
- د / عبد المنعم فرج الصدة في المرجع السابق ص ٤٥٥ ص ٧٠١ .
- د/ انور سلطان في المرجع السابق ف ٥٦٦ ص ٦٢٠ .
- د / عبد الفتاح عبد الباقي في المرجع السابق ص ١٦٨ ومابعدها .
- د / سهير منتصر في رسالتها السابقة ص ١٤٤ ومابعدها .
- د / عاطف النقيب في المرجع السابق ص ٦٧ ومابعدها .

وانظر استئناف القاهرة في ٢٠/١٠/١٩٥٤ مجلة التشريع والقضاء ٧-١-٢-٥٧ .

وانظر تعليق الدكتور شنب على هذا الحكم في رسالته ف ٧٦ ص ٩٣ .

لتحقيق ذلك لكونها تمثل جوهر العنصر المادى للحراسة وان كان وجود الرقابة والتوجيه دون الاستعمال لايكفى لتحقق هذه السيطرة لانحصار مهمتها فى المساعدة على بيان من تكون له الحراسة واظهار توافر السيطرة لدى المستعمل (١) .

ثانيا : أن القول بتجزئة الحراسة يعيبه مايوجبه على المضرور من ضرورة معرفة ما اذا كان الضرر يرجع الى استعمال الشئ أم الى عيب فيه . ولاشك أن تكليف المضرور بذلك فيه من العنت مالا يخفى وبخاصة حينما يتعذر معرفة سبب الضرر فى كثير من الحالات كما لو كان الشئ الذى احدث الضرر قد اندثر كطائرة سقطت وغاصت فى البحر أو سيارة اخترقت ولم يبق منها سوى الهشيم . ولايغض من ذلك مارآه انصار الاتجاه الاول من اتخاذ سلطة الاستعمال قرينة على توافر سلطة الرقابة على الشئ او مارأوه من امكانية مقاضاة من له الحق فى الرقابة عند ثبوت براءة الاستعمال من احداث الضرر . اذ أن ذلك سوف يستتبع ارهاق المضرور بالكثير من المصروفات واللجوء الى اكثر من دعوى وذلك فضلا عن ان حقه قد يسقط بمضى المادة قبل مزاولة دعواه الجديدة . (٢)

ثالثا : ان هذه النظرية يعيبها انها تعود بنا الى الفكرة التقليدية للخطأ اذ هى لاتجعل الحارس مسئولا الا اذا امكن نسبة الخطأ اليه أو امكن افتراض ذلك على الاقل حيث لايمكن وفقا لنظرية التجزئة تقرر مسئولية من له سلطة الرقابة الا اذا كان الضرر قد نشأ عن استعمال الشئ على اساس افتراض انه قد أساء هذا الاستعمال (٣) .

رابعا : ان القول بهذه النظرية يتعارض مع السلطة الفعلية ـ ومرد ذلك ـ ان السلطة الآمرة على الشئ تتوافر لمن يقوم باستعماله على صورة مستقله ويترتب على ذلك تحقق سيطرته على الشئ كله فى جانبيه الداخلى والخارجى .

---

(١) ستارك فى الالتزامات ف ٤٦٣ ص ٤٦٦ .
ـ د / شنب ف ٧٧ ص ٩٥ .
(٢) ، (٣) د / شنب ص ٩٢ ، ٩٣ .

ومن ثم : فانه لايتصور قيام السلطة الفعلية للمالك على الرغم من ان هنـــاك شخصا يسيطر على الشيء ويباشر عليه سلطاته وذلك فضلا عن ان واقـع الحـــال يدل على ان العيب الخفي في الشيء ربما يكون راجعا الى خطأ شخصي مـــن المالك وقع منه عندما كان الشيء خاضعا لسلطته قبل انتقال الحراسة منه الـــى شخص آخر اما بعد انتقال الحراسة الى هذا الاخير فان المالك لايستطيـــع مباشرة سلطاته على الشيء الذى اصبح تحت سلطة غيره (١)

خامسا : أن هذه النظرية تجعل من سلطات الاستعمال والتوجيه والرقابة معايير مستقلة لتحديد صفة الحارس حيث انها تضفي صفة حارس الاستعمـــال على من له حق الاستعمال وصفة حارس التكوين على من له سلطة الرقابة وكل ذلك في نطاق الحراسة الفعلية ، على حين ان المعيار الوحيد للحراسة الفعليـــة لاينبغي ان يكون سوى السيطرة الفعلية على الشيء والتي تتحقق بتوافـــر عنصرها المادى المتمثل في الاستعمال والتوجيه والرقابة فضلا عن عنصرهـــا المعنوى المتمثل في وجوب السيطرة على الشيء لحساب الحارس . وذلك هـــو ماذهب اليه الجانب الاخر من الفقـــه (٢)

ويبدو لنا رجحان ماذهب اليه جمهور الفقه وهم انصار الرأى الاول وذلك لما يلـــى :

اولا : لان نظرية تجزئة الحراسة تعمل على الموازنة بين مصلحتين متعارضتـــين اذ هي توفق بين مصلحة المضرور حينما تعمل على تيسير الوسيلـــة للحصول على مايجبر ضرره وذلك بالرجوع على من له سلطة استعمـــال الشيء وبخاصة مع مايراه انصارها من افتراض تحقق سلطة الرقابة بالنسبة لمن له سلطة الاستعمال .

---

(١) د / احمد شوقي عبد الرحمن في بحثه السابق ف ١٦٠ ص ١٠١ .

(٢) انظر في هذا الاتجاه : د / لبيب شنب في رسالته ف ٧٧ ص ٩٧ .

— د / احمد سلامه في نظرية الالتزام ف ٢٢٣ ص ٣٤٣ حيث يرى ان الحراسة تتبادل ولكنها لاتتعدد وهي حين تنتقل من شخص الى آخر تنتقـــل كاملة دون ان يقتصر الانتقال على جزء منها او على وجه منها " .

— د / احمد شوقي عبد الرحمن في المرجع السابق ف ١٠٦ ص ١٠٠ .

— بشرى جندي في مقاله تحمل التبعه في المسئولية غير العقدية مقال منشور بمجلة ادارة قضايا الحكومة س ١٣ ع ٣ ف ٨٨ ص ٥٨٧ .

ولاشك ان هذا الافتراض يسهل للضرور مطالبة من له الاستعمال بالتعويض من غير ان يجهد نفسه فى تلمس عيب فى الشئ ذاته وخاصة مع مايراه جانب الفقه من ان واقع الاحصائيات يدل على ان اغلب الحوادث يرجع الى استعمال الشئ وان عددا قليلا منها يرجع الى العيب ذاته (١)

كما ان هذه النظرية تراعى فى الوقت ذاته مصلحة الحائز للشئ اذ هى توجب ان لايتحمل عبء ضرر مرده الى عيب فى الشئ مع انه لم يكن له دخل فيه ولم يملك السلطة الى تفاديه (٢)

ثانيا : ان النعى على نظرية تجزئة الحراسة بانها تمثل عودة الى الفكرة التقليدية للخطأ نظرا لانها لاتجعل الحارس مسئولا الا اذا امكن نسبة الخطأ اليه انما هو نعى فى غير محله ومرد ذلك : أن تجزئة الحراسة متصلة بفكرة الرابطة السببية بين الشئ والضرر حيث ترى تلك النظرية انه اذا كان الضرر راجعا الى مصدر فى الشئ فانه يكون هو العامل المنتج للضرر ومن الطبيعى ان يكون الحارس المسئول عنه هو من كانت له السلطة على هذا الموضع فيما يحتويه (٣)

ثالثا : ان النعى على هذه النظرية بما يمكن ان تؤدى اليه من ارهاق المضرور بالمصروفات وكثرة الدعاوى انما هى حجة لايمكن التسليم بها لان الموازنة بين تأخر المضرور فى الحصول على حقه وبين التحرى عن نسبة الضرر الى من له سلطة الاستعمال او الرقابة تقضى الى القول بأن المصلحة الثانية هى الراجحة ومن ثم فانها تكون اولى بالاعتبار تحقيقا للعدل بقدر الامكان وخاصة ان ذلك لن يؤدى ـ غالبا ـ الى ضياع الحق وانما الى مجرد التأخير فى الحصول عليه .

رابعا : ان النعى على هذه النظرية بانها تتعارض مع السلطة الفعلية بدعوى انه لايتصور قيام السلطة الفعلية للمالك على الشئ على الرغم من ان

---

(١) د / سهير منتصر فى رسالتها ص ١٢٦ .
(٢) د / عاطف النقيب فى المرجع السابق ص ٧٨ ، ٧٩ .
(٣) د / عاطف النقيب فى المرجع والموضع السابق .

هناك شخصا آخر يسيطر عليه من خلال مباشرته لسلطاته انما هى حجة محل نظر •

ومرد ذلك : انها تقوم على فرض يمكن اثبات عكسه اذ انه اذا كان يمكن تحقيق هذه الصورة على ارض الواقع فانه يمكن كذلك اثبات عكسها والامثلة على ذلك كثيرة ومنها مايلى :

أ — اذا استعار شخص سيارة صديقه لاستعمالها فى وجهة شخصية فحصل الضرر بفعل عطل المحرك اثناء الاستعمال من غير ان يظهر للمستعمل ساعة تسلمه للسيارة مايلفته الى العطل الذى طرأ •

ب — اذا تسلم صاحب سيارة نقل بموجب عقد نقل صفائح معبأة بسوائل كيماوية وسار بها على الصورة المألوفة ثم حدث ان تسرب من بعض الصفائح كمية من السوائل تناثر منها رشات اصابت شخصا على الطريق فخلفت فيه اضرارا جسدية واتضح ان مرد ذلك يرجع الى فتحات فى الصفائح لم يحكم غلقها بالشكل المفروض على يد من عبأها لمنع كل تسرب منها ولم يكن فى ظاهر الصفائح وقت تسليمها الى الشاحن ماينبئ عن عدم احكام غلق تلك الصفائح ولم يكن بحكم العقد او التعامل يتحمل عبء فحصها بعمق ولم يكن من خطأ عليه فى طريقة شحنها والسير بها •

جـ — لو سلم صاحب محل الى احد زبائنه زجاجة مرطبات يدخل فى تركيبها سائل غازى فانفجرت الزجاجة بين يدى مشتريها عند تحريكها أو محاولة فتحها وكان مرد انفجارها الى طبيعة زجاجها او الى طريقة تركيب سائلها فى المصنع أو بسبب عدم احكام سدتها •

د — اذا اشترى شخص لمنزله انبوبة غاز من المحل الذى تعود ان يشترى منه ذلك فتبين بعد استعمالها ان غاز تسرب من ثقب فيها او من منفذها بفعل عطل فيه ولم يظهر الثقب او العطل الا بعد بدء الاستعمال ولم يكن لصاحبه المنزل بحسب خبرته العادية ان يتحقق من هذا العيب فهذه الصورة وامثالها كثير يثير البحث فى مسألة تحديد الحارس المسئول عن الضرر الذى تأتى ليس عن أوجه استعمال الشىء وانما عن عيب فى بنيته وتركيبه او طريقة اعداده على يد صانعه ولاشك ان ذلك يقود بمنطقه الى تصور الحراسة مجزأة بين حراسة تلازم

الاستعمال وحراسة تنصب على البنيـة (١)

خامسا : ان النعى على هذه النظرية بانها تجعل من سلطات الاستعمـال والتوجيه والرقابة معايير مستقلة لتحديد صفة الحارس انما هو قول محل نظر •

ومرد ذلك : ان خصوم نظرية التجزئة هم القائلون اولا بان سلطـة الاستعمال وحدها هى المحققة للسيطرة الفعلية على الشىء لانهـا تمثل جوهر العنصر المادى على حد قولهم وما دور عنصرى التوجيه والرقابة الا دور المساعدة على بيان من تكون له الحراسة واظهار سيطرتـه على الشـىء •

سادسا : ان المالك حينما يستبقى لنفسه سلطة الرقابة على الشىء ويغل يـد من له استعماله عن مزاولة اى مظهر من مظاهر تلك الرقابة أفلا يكـون حريا بـه ان يتحمل تبعة تلك السلطـة ؟

ان المنطق يقود الى ذلك والا كان هناك قلب للحقائـق •

وتجدر الاشارة اخيرا الى انه اذا ثبت ان مرجع الضرر يعود الى طريقة استعما الشـىء والى وجود عيب فى تركيبه وامكن ربط الضرر بكليهما فانه لامناص مـن تحمل حـارس الاستعمال وحارس الرقابة لاعباء الحادث معا تجاه المتضرر•

تعدد الحـراس :

قد يتعدد حراس الشىء بتعدد مالكيه او مستأجريه او غاصبيه متى مارس كل منهم السلطة الفعلية التى تفترضها الحراسة وهى سلطة الامر على الشـىء وفى تلك الحالة فانهم يعتبرون جميعا حراسا لهذا الشىء ويسألون عن الضـرر الحاصل منهم بالتضامن فيما بينهم كما لو وقع ضرر بفعل المصعد الكهربائـى المركب فى احد الابنية التى يتعدد الشركاء المالكون له حيث تقع التبعة علـى الشركاء جميعا بصفتهم حارسين لهذا المصعد •

بيد انه يجب ان يلاحظ انه اذا امكن القول بتعدد الحراس فانه لا يمكن القول بتعدد الحراسة كما لو اختلف مركز الشركاء بالنسبة للشىء بحيث يكـون

---

(١) د / عاطف النقيب فى المرجع السابق ص ٢٠ ، ٢١ •

احدهم هو صاحب السلطة الفعلية دونهم فانه يكون وحده الحارس على هـذا الشيء ولايمكن ان يكون غيره حارسا عليه الا بفقد الاول لصفة الحراسة اذ لايمكن القول بان هناك حارسين للشيء في ذات الوقت حيث ان الحراسة وان كانت تتبادل ولكنها لاتتعدد (١)

وتجدر الاشارة في هذا الصدد الى امرين :

الامر الاول : أن تعدد الحراسة يفترق عن تجزئتها اذ سبق لنا أن رأينا أن تعدد الحراسة غير ممكن لما اشرنا اليه من ان الحراسة تتبادل ولا تتعدد اما تجزئة الحراسة فهى تفترض ان لكل حارس سلطته المستقلة على مظهر من مظاهر العنصر المادى للحراسة الفعلية فهى من ثم حراسة مشتركة لاحراسة مجتمعه ومن هنا كان تعدد الحراسة غير ممكن بخلاف تجزئتها .

الامر الثانى : ان صورة تعدد الحراس لاتثور بالنسبة للملاك المشتاعين فى حالة قسمتهم للشيء المشترك بينهم سواء كانت هذه القسمة قسمة مهايأة زمنية أو مهايأة مكانيـة .

اذ انه فى الحالة الاولى يكون الحارس المسئول هو الشخص الذى كان يستعمل الشيء فعلا وقت الحادث .

واما اذا كانت القسمة قسمة مهايأة مكانية فان كل شخص يكون مسئـولا عن الجزء الذى وقع فيه نصيبه بمقتضى تلك القسمة متى كان الشيء قابـلا لهذه القسمة .

---

(١) مازو فى المسئولية حـ ٢ ف ١٠٢٩ ، لاندل فى المسئولية فى حالة سرقة السيارة رسالة من رين ١٩٤٠ ص ٤٦ .
Landelle: De la responsabilite en oas de vol. d'automobile.

ـ د / لبيب شنب فى رسالته ف ٧٨ ص ٩٦ وقد اشار الى ديموج فى الالتزامات ف ١٠٠ ص ١٢٨ .

ـ د / سهير منتصر فى رسالتها ص ١٤٤ ومابعدها .

ـ د / عاطف النقيب فى المرجع السابق ص ٤١ ومابعدها .

ويصدق نفس الحكم فيما لو شق شريك في عقار ممرا خاصا يصل منزله بالطريق العام وكان وحده المستعمل لهذا الممر والمنتفع به ويتولاه بالرقابة والصيانة انه يعتبر في تلك الحالة الحارس للممر دون شركائه وان كان الممر قائما في الملك المشترك. (١)

---

(١) د / محمد لبيب شنب في رسالته ف ٧٩ ص ٩٦، ٩٧ .

الفصل الثالث
مدى اشتراط التمييز في الحارس

المبحث الاول
مدى اشتراط التمييز فى الحارس فى الفقه والقانون المدنى

من المعلوم ان المسئولية المدنية تنهض على عنصرين احدهما مادى ، والآخر معنوى ويتمثل الاول فى انحراف الشخص فى تصرفه عن الحدود التى يتعين عليه التزامها كما يتمثل العنصر المعنوى فى ادراك المتعدى لفعله ، ومن ثم فان عديم التمييز ليس اهلا لتلك المسئولية كالصبى غير المميز والمعتوه والمجنون وكمن فقد ادراكه لسبب عارض كالغيبوبة مثلا ، وذلك هو مايفصح عنه الفقرة الاولى من المادة ١٦٤ مدنى والتى تنص على انه "يكون الشخص مسئولا عن اعماله غير المشروعة متى حدثت منه وهو مميز ...."

ولما كانت المسئولية عن الاشياء تقوم على خطأ مفترض فى جانب الحارس فان الفقه قد اختلف حول مدى اشتراط التمييز لقيام تلك المسئولية وقد تبلور ذلك فى ظهور الاتجاهين التاليين :

<u>الاتجاه الاول</u> : يرى ان التمييز شرط لاعتبار الشخص حارسا وذلك لما يلى :

<u>اولا</u> : لان العنصر المادى للحراسة ينهض على تحقق استعمال الشىء وتوجيهه ورقابته وبدهى ان عديم التمييز لايمكن ان تتوافر لديه القدرة على ذلك ومن ثم فانه لايمكن اعتباره حارسا .

<u>ثانيا</u> : ان الحراسة تقوم على اساس الخطأ المفترض لدى الحارس ولا ريب أن اسناد هذا الخطأ الى شخص ما انما يستلزم ابتداء امكان مساءلته بناء على الخطأ الثابت ولما كان هذا الخطأ الاخير لايمكن اسناده الى غير المميز فانه لايمكن بالتالى نسبة الخطأ المفترض اليه .

وتلك نتيجة تسلمنا الى القول بانه لايمكن ان يكون غير المميز حارسا لقيام المسئولية عن الحراسة على اساس الخطأ المفترض .

وذلك هو ما اعتنقه جانب من الفقه والقضاء الفرنسى لفترة

من الزمان[1] ، وما اتجه اليه جانب من الفقه المصرى[2]

الاتجاه الثانى : ويرى انه ليس ثمة مايمنع من اعتبار غير المميز حارسا وذلك لما يلى : [3]

---

(١) انظر فى ذلك كولان وكابيتان ـ فى القانون المدنى حـ ٢ ، ف ١١٩٤ ص ٦٦٩ ـ روبير فى مقاله " هل ثبتت الحراسة لعديمى الادراك مقال منشور فى المجلة الفصلية للقانون المدنى الفرنسى ١٩٦٥ ص ٣٥١ ـ ٣٥٤ ـ نيجو فى المسئولية المدنية غير التعاقدية للمجنون فى رسالة من باريس فى ١٩٢٧ ص ٢٥٣ ، ٢٥٤

Neagu responsabilte civile extracont ractuell de ialiene

وانظر نقض مدنى فرنسى فى ٢٨/٤/١٩٤٧ داللوز الاسبوعى ١٩٤٧ ، ص ٣٢٩ .

(٢) انظر فى ذلك : د / السنهورى فى الوسيط حـ٢ ف ٧٣٥ ص ١٢٤٢

ـ د / عبد الحى حجازى فى المرجع السابق ص ٥٦٢ .

ـ د / نعمان جمعه فى مقاله تعويض الاضرار الناشئة عن المرضى عقليا مقال منشور بالمجلة الفصلية للقانون المدنى الفرنسى ١٩٧١ ، ف ٥٢ ، ٥٣ ص ٣٩ اشار اليه د / بدر جاسم فى رسالته السابقة ص ٦٠ هامش/١

ـ د / عبد المنعم فرج الصدة فى المرجع السابق .

(٣) هنرى مازو فى دروس فى القانون المدنى مع التعمق ص ٣٥٧ ومابعدها

ـ ريبير فى النظام الديمقراطى والقانون المدنى المعاصر ص ١٣٨ .

Ripert (G) :La regimc, democratique et le doritcivil. moderne paris 1948.

وانظر فى الفقه المصرى :

ـ د / سليمان مرقص فى محاضرات فى المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية فى ١٨٩ ص ١٨٧ ـ الاستاذ / حسين عامر فى المسئولية المرجع السابق ف ٧٥٤ ص ٧٧٠ .

ـ د / محمد لبيب شنب فى رسالته ف ٨١ ص ١٠٠ ، ـ وديع فرج فى الالتزامات ص ٤٠٣ ، اشار اليه د / محمد لبيب شنب ، د / حشمت ابو ستيت فى المرجع السابق ص ٤٩٧ وهامش/١ ص ٥١٦

أولاً : لان مناط الحراسة يتمثل فى السيطرة الفعلية على الشىء وهو أمـــر ممكن بالنسبة لعديم التمييز وعلى فرض عدم قدرته على مباشرة ذلك بنفسه فليس ثمة مايمنع من مباشرة نائبه لتلك السلطة نيابة عنه سواء أكان هـذا النائب وليا أو وصيا او قيما ، اذ أن شأن الحارس فى ذلك شأن المتبوع الذى يصح ان يكون غير مميز وبالتالى غير قادر على مباشرة سلطة الرقابة والتوجيه على الشىء ولكن نائبه يقوم مقامه فى مباشرة تلك السلطة (1)

ثانيا : أننا لانسلم قيام تلك المسئولية على اساس الخطأ المفترض حتى يستلـــزم ذلك امكان نسبة الخطأ الثابت الى الشخص وانما تنهض هذه المسئوليـة على اساس وجود الضرر او على اساس تحمل التبعة كما يرى ذلك جانــب من الفقه ولا ريب ان تأسيس المسئولية على ذلك لايستلزم اشتراط التمييــز لتحملها وذلك هو ماجنح اليه القضاء الفرنسى وخاصة بعد تعديـــل المادة ٤٨٩ من القانون المدنى الفرنسى (2)

تلك هى ادلة الاتجاهين على ماذهبا اليه ولئن كان لابد لنا من ترجيح احد الاتجاهين على الآخر فان المنطق يقودنا الى ترجيح الاتجاه الاخيـــر وذلك لما يلى :

= د / جمال زكى فى الوجيز فى الالتزامات ف ٣١٧ ، د / سهير منتصر فى رسالتها ص ١٦١ ومابعدها ، د / محمد نصر رفاعى فى رسالتـه السابقة (الضرر) ف ٣١٢ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩ ، د / عاطف النقيـب فى المرجع السابق ص ٣٢ ومابعدها ، الاستاذ /محمد كمال عبد العزيز فى التقنين المدنى فى ضوء الفقه والقضاء ص ٧٠٦ ، د / بدر جاسم فى رسالته السابقة ص ٥٩ ، ٦٠ ، د / محمد نصر الدين محمد فى رسالته اساس التعويض ف ٣٨٨ ص ٣٢١ .

(1) د / لبيب شنب فى رسالته السابقة ف ٨١ ص ٩٩ ، ١٠٠ .

(2) وكان ذلك بموجب قانون ٣ / ١ / ١٩٦٨ باضافة المادة ٤٨٩ / ٢ والتى نصت على ان من يحدث ضررا للغير وهو فى حالة اضطراب عقلى يلتزم بالتعويض " المجلة التفصيلية للقانون المدنى ١٩٧٠ ص ٢٥١ . وانظر نقض مدنى فرنسى فى ٣٠ / ٦ / ١٩٦٦ المجلة الفصلية للقانـــون المدنى ١٩٦٧ ص ٨٢٨ ، ونقض مدنى فرنسى فى ٢٤ / ١٠ / ١٩٧٣ الفصلية للقانون المدنى ١٩٧٤ ص ٤٢٢ .

اولا : لانه من المعلوم بيقين ان افتراض الخطأ فى جانب الحارس انما هو مقرر لصالح المضرور والمنطق يقضى بان ذلك لابد ان يكون مقررا لصالحه فى كل الاحوال لافى بعضها ولاريب ان القول باشتراط التمييز فى الحارس سوف يستتبع الاضرار بمن شرعت تلك القرينة لصالحه فى هذه الحالة وذلك لاستحالة الحصول على مايجبر ضرره من تعويض .

ثانيا : ان القول باشتراط التمييز فى الحراسة يتعارض مع ماتقرره المادة ١٧٤ مدنى (١) من مسئولية عديم التمييز عمن هم فى خدمته مسئولية المتبوع عن التابع اذ كيف يسأل عديم التمييز عن اعمال غيره حتى ولو كان حارسا ولايسأل فى الوقت ذاته عما هو مفروض انه فى حراسته وذلك بدعوى انه ليس اهلا لنسبة الخطأ اليه ؟ !! (٢)

ثالثا : ان القول بعدم صلاحية عديم التمييز ليكون حارسا يتناقض مع كونه مالكا للشىء الذى تسبب فى الضرر اذ كيف يبقى هذا الشىء بلا حارس فى الوقت الذى هو على ملك عديم التمييز اذ الفرض ان هذا الشىء لم يخرج عن ملكه ولم تنتقل حيازته الى غيره . (٣)

رابعا : ان القضاء الفرنسى قد استقر على عدم اعتبار المرض العقلى الذى يصيب الحارس وقت الحادث بمثابة القوة القهرية ، اذ أنه يلزم لتحقيق ذلك وجود حادث خارجى أو اجنبى عن الشخص الذى يتمسك به وليس ثمة شك فى ان المرض العقلى لايمثل عاملا اجنبيا وبالتالى فانه لايصلح ان يمثل سببا للاعفاء من تبعة الحراسة ومن ثم فان القضاء لم يربط بين الحراسة والتمييز وبدهى ان ذلك لايقتصر على انعدام التمييز

---

(١) وتنص الفقرة الاولى من المادة ١٧٤ على ان " يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها " .

(٢) د / محمد نصر الدين محمد فى رسالته اساس التعويض ف ٢٨٨ ص ٣٢١

(٣) د / عاطف النقيب فى المرجع السابق ص ٣٤ ، ٣٥ .

بسبب صغر السن وانما يتعدى ذلك الى كل الصور الاخرى لانعدام التمييز (١)

خامسا : أن المقنن المصرى قد افصح عن رغبته فى اقرار التعويض للضرور من الاعمال الشخصية التى يأتيها عديم التمييز وذلك حسبما قررته الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ مدنى(٢) متى توافر هذا التعويض ما اشترطته تلك الفقرة من عدم وجود من يسأل عن الضرور نيابة عن عديم التمييز أو تعذر الحصول على التعويض من ذلك المسئول عنه .

---

(١) وذلك هو ماعبرت عنه محكمة النقض الفرنسية فى حكم لها بتاريخ ٢١/٣/١٩٦٧ بقولها :

Attendu aue la deficience dans les facultes intellectuelles et le d ese quilibre psychique en constituent pas la cause exterieure ou etrangere responsabilite, qui pese sur iui en cette qualite que celui qui exerce sur une chose les pouvoirs d'usage de dire ction et de controlec est pas en mesure d'exercer correctement les dits pouvoirs".

انظر فى ايراد هذا الحكم المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦٧ ص ٨٢٨ وواضح أن المحكمة قد اعتبرت فى هذا الحكم ان الشخص يعتبر حارسا وان لم يعد فى الوضع الذى يستطيع معه ان يمارس بصورة صحيحة سلطة التوجيه والرقابة والاستعمال لاختلال قوته العقلية او الاضطراب النفسى الذى اعتراه اذ ان هذا الاضطراب وذلك الاختلال لايؤلفان سببا خارجيا عن الحارس او مستقلا عنه من شأنه اعفاؤه من التبعية .

(٢) وتنص تلك الفقرة على انه " .. اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضى ان يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا فى ذلك مركز الخصوم .

ولا شك ان الباعث على تقرير ذلك انما يتمثل فى نزعة العدالة التى حدت بالمقنن الى توفير ضمانة للمتضرر حتى لا يبقى دون تعويض عما نزل به من ضرر دون خطأ منه ولئن كانت العدالة هى الباعث على اقرار هذا المبدأ فى ظل المسئولية عن الفعل الشخصي أفلا توحى تلك النزعة ذاتها باقرار مسئولية عديمى التمييز فى ظل المسئولية عن الاشياء • وبخاصة عندما يكون مالكا لثروة ضخمة تدار باسمه ولحسابه وليس من العدل فى مثل هذه الحالة ان يترك المضرور دون تعويض •

وتلك هى العلة التى حدت بالقضاء الفرنسى ان يعدل عن رأيه السابق بشأن هذا الموضوع حتى من قبل تعديل المادة ٤٨٩ مدنى فرنسى وهو التعديل الذى جرى بموجب قانون ٣/١/١٩٦٨ مستحدثا النص على القاء عبء التعويض على الشخص الذى سبب ضررا للغير وهو فى حالة اختلال عقلى حيث نصت الفقرة الثانية من تلك المادة على من يحدث ضررا للغير وهو فى حالة اضطراب عقلى يلزم بالتعويض " (١)

---

(١) ويلاحظ ان الفقه الفرنسى اختلف اختلافا بينا حول ما اذا كان هذا الحكم يصدق على كل عديمى التمييز أم انه يقتصر على المصابين بخلل عقلى بعد بلوغهم سن الرشد فيرى الراجح من الفقه انه ينصرف الى كافة حالات فقد الادراك وبذلك فهو يلغى اشتراط التمييز فى نطاق المسئولية التقصيرية عموما حيث ان انعدام التمييز بسبب صغر السن أو الجنون يؤدى الى الخطأ فى السلوك وطالما ان الامر كذلك فان الغاء شرط التمييز بالنسبة لحالة الاضطراب العقلى يقتضى بالضرورة الغاؤه بالنسبة لكافة حالات فقد التمييز الاخرى والقول بغير ذلك يؤدى الى تناقض الحلول •

انظر فى ذلك د / سهير منتصر فى رسالتها السابقة ص ١٥٤، ١٥٦، ١٦٥ •

وانظر تعليق الدكتور / نعمان جمعه فى مقاله تعويض الاضرار التى يسببها المرض عقليا ـ المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٧١ •

اشارت اليه د / سهير منتصر فى المرجع والموضع السابق هامش ٣/ ص ١٥٤ •

المبحث الثانـــى
مدى اشتراط التميز فى الحارس فى الفقه الاسلامـى
أو موقـف الفقه الاسلامى من مسئوليـــة عديـم التمييـــــز

لقد انقسم الفقـه الاسلامى الى اتجاهين ازاء مدى مسئولية عديم التمييز عن المضار التى يحدثها بالغير •

الاتجاه الاول : يرى انه وان كان يجب ضمان الاضرار التى تنسب الى عديـم التمييز الا ان التعويض عنها لايجب ان يكون فى ماله وانما يجب ان يكون فـــى مال وليه المسئول عنه أيا كا ن أو غيره مع عدم رجوع الولى على عديم التميـــــيز فيما أداه ويمثل هذا الاتجاه الرأى الراجح فى الفقه الاباضى وان كان ثمـة رأى مرجوح فى هذا المذهب يرى جواز رجوع الولى على عديم التمييز ان كان لـــــه مال والا فلا شىء له (١)

ولقد برر انصار هذا المذهب التزام الولى فى ماله دون عديم التمييـــز بان الولى يقع على عاتقـه واجب الحفظ والرعايـة لمن عدم تمييزه مادام فـــى ولايته ، اذ أن المشمول بتلك الولاية ـ فى رأيهم ـ أشبه مايكون بالدابة • ومن ثم فانه اذ الم يقم الولى بواجب للرعايـة فانه يكون قد فرط مما يستأهـــــل القول بالتزامه بالضمان حتى ولو كان لعديم التمييز مال على الراجح من هـــذا المذهـــب (٢)

ويبدو لنا ان ماذهب اليه انصار هذا الاتجاه انما هو محل نظر • وذلك لانه من المتصور ان يدفع صاحب الولايـة على عديم التمييز المسئوليــــة عنه باثبات عدم تقصيره فى واجب الحفظ والرعاية له ، وآنذاك لايعوض صاحب المال عما ضاع عليه مع ان سبب الضياع لايد له فيه •

وفضلا عن ذلك فانه لو كان واجب الحفظ والرعاية يستلزم تحمل الولـــى لتبعة ماينشأ عن عديم التمييز من اضرار تصيب الغير لكان ذلك مدعاة الــــى الاحجام عن تلك الولاية •

---

(١) ، (٢) شرح النيل وشفاء العليل حـ ٧ ص ٧٧ ط السلفية بمصر حيث جـاء فيه " جناية طفل فى دم او مال على ابيه او وليه ولو كان له مال فـــى الراجح ويرجعان به فى مال الطفل لان الطفل كدابة يجب حفظه فان لم يحفظاه فقد ضيعا فلزمهما الغرم " •

الاتجاه الثاني : يرى مسئولية عديم التمييز عن تلك الأضرار في ماله ، حيث أن اهلية المسئولية عن هذه الاضرار تثبت بالنسبة لكل انسان لارتباطها ارتباطا ماديا محضا بأسبابها وهي الافعال الضارة .

ومن ثم فان مايحدثه عديم التمييز من اضرار بالغير يمثل سببا شرعيا لوجوب الضمان عليه في ماله وان كان وليه يلتزم بالاداء نيابة عنه .

وذلك هو ماذهب اليه جمهور الفقه الاسلامي متمثلا في الحنفية (١) وجمهورية المالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥) والزيدية (٦)

---

(١) وفي ذلك يقول صاحب الدر المختار الطبوع مع حاشية ابن عابدين (رد المختار) حـ٥ ص ١٢٥ ، ١٢٦ " وان اتلفوا ـ اي المحجور عليهم ـ شيئا متقوما من مال او نفس ضمنوا " .
وانظر كذلك المبسوط للسرخسي حـ١١ ص ١١٠ ، بدائع الصنائع حـ٧ ص ١٧١

(٢) وفي ذلك يقول صاحب الشرح الكبير مطبوع مع الدسوقي حـ٣ ص ٢٩٦ " وضمن الصبي ولو غير مميز ما اتلفه في ماله "
وانظر كذلك تبصرة الحكام حـ٢ ص ٢٤٩ ، بداية المجتهد حـ٢ ص ٣١١ الحطاب حـ٥ ص ٧٨ ، القوانين الفقهية ص ٣٦١ .
الا ان هناك اتجاهين ضعيفين في الفقه المالكي يرى اولهما ان الصبي الذي لايعقل لاشيء عليه فيما أتلفه من نفس أو مال اذ هو كالعجماء (انظر في ذلك القوانين الفقهية في المرجع السابق) ويرى الثاني أن اتلاف المال هدر وذلك بخلاف الدماء حيث تكون الدية على العاقلة ، انظر في ذلك فتح الجليل على مختصر خليل حـ٦ ص ١٣١ .

(٣) وفي ذلك يقول صاحب فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب حـ١ ص ٢٠٥ ، ص الحلبي " الجنون يسلب العبارة والولاية وكذلك الصبا بخلاف الافعال فيعتبر منها التملك والاحتطاب ونحوه ، والاتلاف فينفذ منه الاستيلاء ويثبت النسب بزناه ويغرم ما أتلفه " .
وانظر كذلك : نهاية المحتاج حـ٥ ص ١٥٠ ،
الشبراملسي على نهاية المحتاج حـ٨ ص ٣٦ .

(٤) وفي ذلك يقول صاحب المغني حـ٤ ص ٤٧١ " والحكم في الصبي والمجنون كالحكم في السفيه في وجوب الضمان عليهما فيما اتلفاه من مال غيرهما بغير اذنه أو غصباه فتلف في أيديهما ... " .
وانظر كذلك منتهى الارادات حـ١ ص ٤٣٥ .

(٥) وفي ذلك يقول ابن حزم في المحلى حـ٨ ص ١٥٦ مسألة ١٢٥٨ " فما اخذ من مال او صار اليه بغير ماذكرناه فان كان عامدا بالغا مميزا =

وقد اعتمد جمهور الفقهاء على الادلة التالية :

اولا : ان الضمان من قبيل خطاب الوضع (١) لا من قبيل خطاب التكليف (٢)

= فهو عاص لله عز وجل وان كان غير عالم او غير عامد او غير مخاطب فلا اثم عليه الا انهما سواء في الحكم في وجوب رد ذلك الى صاحبه او في وجوب ضمان مثله وبرهان ذلك قوله صلى الله عليه وسلم من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد ولم يستثنى عليه الصلاة والسلام عالما او غير عالم ولا مكلفا ولاغير مكلف ولا عامدا من غير عامد "

ولئن كان ابن حزم يتفق مع الجمهور في ضمان المتلفات المالية الا انه يرى ان جناية عديم التمييز على النفس هدر اذ هو كالعجماء وذلك ماعبر عنه بقوله " ولاقود على مجنون فيما اصاب في جنونه ولا على من لم يبلغ ولا على احد من هؤلاء دية ولاضمان وهؤلاء والبهائم سواء ، المرجع السابق مسألة ٢١١٦ وذلك هو ما اشكل على بعض الباحثين حينما عمم هذا الحكم على ضمان المتلفات واعتبر الظاهرية من القائلين بعدم ضمان عديم التمييز لما اتلف .

انظر من هؤلاء : د / عبد الحميد البعلى في رسالته نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون ص ١٣١ ، د / سليمان محمد احمد في رسالته ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ص ١٧٥ — كلية الشريعة والقانون ١٩٧٥ وانظر في مسئولية عديم التمييز .

الضمان في الفقه الاسلامي للشيخ على الخفيف ص ٦٨ .

نظرية الضمان للدكتور / وهبه الزحيلي ص ٢٠ ومابعدها .

نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون د /عبد الحميد البعلى ص ١٢٧ ومابعدها .

ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي د /سليمان محمد احمد ص ٦٩ ومابعدها

الفعل الموجب للضمان في الفقه الاسلامي د /محمد فاروق العكام ص ٩٢ ومابعدها .

(١) وهو خطاب الشارع يجعل الشيء سببا في شيء او شرطا فيه او مانعا منه ومن ثم فهو يربط بين امرين احدهما سبب أو شرط او مانع منه.

(٢) وهو خطاب الشارع المتعلق بافعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير.

ومن المسلم به ان الاول كمايتعلق بفعل المكلف فانه كذلك يتعلق بفعل غير المكلف (١) ومن ثم فانه لايتطلب البلوغ والعقل للقول بوجوب الضمان (٢)

ثانيا : لانه من المسلم به ان عديم التمييز يتمتع باهلية الوجوب الكاملة ولا ريب ان توافر هذه الاهلية يستتبع القول بصلاحية عديم التمييز للتحمل بالالتزامات المالية عند تحقق اسبابها كما هو اهل لتلقى الحقوق ومن ثم فان عبء ضمان مايحدثه من اضرار يقع عليه (٣)

ثالثا : انه لاتعارض بين رفع الاثم عن عديم التمييز وبين وجوب الضمان عليه اذ ان الضمان قد شرع لجبر ماتحقق من الضرر لفوات الحق فى المال

---

(١) وقد يتعلق خطاب الوضع بما ليس من فعل الانسان بصفة عامة كجعل الدلوك سببا لوجوب الصلاة .

- انظر فى ذلك د / محمد سلام مدكور فى مباحث الحكم عند الاصوليين ص ٦١ ،

- د / حسين حامد حسان فى اصول الفقه ص ٣٨ .

(٢) انظر فى ذلك نيل الاوطار للشوكانى حيث يقول فى ارشاد الفحول ص ١٠ " المجنون غير مكلف وكذا الصبى الذى لم يميز لانهما لايفهما ، فى خطاب التكليف على الوجه المعتبر واما لزوم امر جنايتهما ونحو ذلك ، فمن احكام الوضع لا من احكام التكليف " .

(٣) انظر فى ذلك :

- اصول البزدوى حـ ٤ ص ٢٤٠ .

- التلويح على التوضيح حـ ٢ ص ٧٣٨ .

المعصوم وذلك يلزم بالنسبة للمكلف وغيره [1]

رابعا : ان اعفاء المشرع لعديم التمييز من العقوبة البدنية عن افعاله الضارة بالغير لايلزم منه براءة ساحته من الضمان المالي للتعويض عن تلك الاضرار ، حيث ان توقيع العقوبة يستلزم ابتداء اتجاه الارادة الى اتيان الفعل المؤثم ومادام عديم التمييز ليس له من الارادة مايعتد بها شرعا فانه يصح القول باعفائه من العقوبة ولكن الامر على خلاف ذلك بالنسبة للضمان المالي حيث لايشترط لثبوته اتجاه الارادة الى سبب الاضرار بالغير وفضلا عن ذلك : فان الضمان من قبيل الجوابر لما فات من المصالح ، ومن ثم فانه لاينظر في وجوبه الى الظروف الداخلية او الذاتية للفاعل .

اذ يستوى ان يكون مكلفا او غير مكلف كما يستوى ان يكون عالما او جاهلا ذاكرا او ناسيا حيث ان الهدف في تلك الحالة هو تغطية ماوقع من ضرر دون نظر الى ايقاع العقوبة به ،

اما العقوبة فهي من قبيل الزواجر التي شرعت لدرء المفاسد وهي لاتقع غالبا الا على عاص لله تبارك وتعالى زجرا لهذا العاصي وردعا لغيره .

ومن المسلم به ان عديم التمييز ليس باهل لذلك [2]

---

(1) ، (2) التقرير والتحبير على التحرير لابن امير الحاج حـ ٢ ص ١٧٦ ،
وفي ذلك يقول العزيز بن السلام في قواعد الاحكام حـ ١ ص ١٧٨
" الجوابر مشروعة لجلب مافات من المصالح والزواجر مشروعة لدرء المفاسد والغرض من الجوابر جبر مافات من مصالح حقوق الله تعالى وحقوق عباده ولايشترط في ذلك ان يكون من وجب عليه الجبر آثما ولذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان وعلى المجانين والصبيان بخلاف الزواجر فان فان معظمها لايجب الا على عاص زجرا له على معصية " .

خامسا : ان عدم التميز وان كان يصلح عذرا لسقوط حقوق الله تبارك وتعالى فانه لايصلح أن يكون مبررا لسقوط حقوق العباد ، اذ ان القول بذلك يعني ذهاب المال التالف هدرا وذلك ماتأباه العدالة الاسلامية (١)

سادسا : ان عدم التميز وان مثل سببا لعدم ضمان الاقوال لاشتراط العقل في ذلك فانه لايصح ان يكون سببا لعدم ضمان الافعال حيث لا مبرر لهذه الاخيرة نظرا لوقوعها ووجودها حسا ومشاهدة اذ كيف يمكن النظر الى ماتم من القتل او الاتلاف مثلا على انه من قبيل العدم وذلك خلافا للحال في التصرفات القوليه (٢)

سابعا : انه لاتعارض بين القول بوجوب الضمان على عديم التميز وبين الزام الولي بالاداء عن الاول من ماله (اى عديم التميز) نيابة عنه حيث ان صحة الاداء مرتبطة بتوافر اهليته ومادامت تلك الاهلة غير متوافرة بالنسبة لعديم التميز فبدهي انها تثبت لوليه (٣)

ولاشك في ان ماذهب اليه جمهور الفقهاء هو الاحق بالتأييد والترجيح حيث انه يتفق والغاية التي شرع من اجلها الضمان الا وهى جبر الضرر الذى اصاب الغير وأصاب حق المتلف عليه .

مدى مسئولية عديم التميز في حالة التسبب :

على الرغم مما تفصح عنه النصوص الفقهية التي اسلفنا الاشارة اليها من اطلاق الحكم بالنسبة لضمان عديم التميز سواء في حالة المباشرة او في حالة التسبب حيث لا مقيد لما تدل عليه من اطلاق الحكم في هذه الحالة (٤)

الا ان جانبا من الفقه المعاصر قد ذهب الى القول بان ضمان عديم التميز لايكون الا في حالة المباشرة فقط ومن ثم فانه لاضمان على عديم التميز في حالة التسبب ، ومرد ذلك ان الفقه الاسلامي يشترط لقيام الضمان في

---

(١) التقرير والتحبير حـ٢ ص ١٧٦ ، الفروق للقرافي حـ١ ص ١٦١ ومابعدها الجريمة للاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة ٤٢٦ .

(٢) اصول البزدوى حـ٤ ص ٢٤٠ ، التلويح على التوضيح حـ٢ ص ٧٣٨ .

(٣) التلويح على التوضيح في المرجع والموضع السابق .

(٤) وسيأتي ان شاء الله الحديث عن مفهوم المباشرة والتسبب بصدد الحديث عن علاقة السببية بين الشىء والضرر .

تلك الحالة توافر التعدى حيث تقضى القاعدة الفقهية بان " المباشر ضامن وان لم يتعد وان المتسبب لايضمن الابالتعدى " .

ولما كان عديم التمييز لايتصور وقوع التعدى منه حيث يلزم الادراك لتوافره فان ذلك يستتبع القول بعدم ضمان عديم التمييز فى تلك الحالة (١) بيد اننا نرجح ماذهب اليه جانب آخر من الفقه بتضمين عديم التمييز فى تلك الحالة وذلك لما يلى :

١ ـ ان معيار التعدى الذى افصحت عنه النصوص الفقهية انما هو معيار موضوعى بحت ومن ثم فانه لايعتد بالظروف الذاتية للفاعل ومنها انعدام التمييز اللهم الا فيما نص عليه المشرع من اعتبار عدم التمييز مسقطا لما هو من حقوق الله تبارك وتعالى وذلك لايستتبع القول بسقوط حقوق العباد اذ ان احياء حق المتلف عليه غير مرتبط بالتكليف كما قدمنا ، وذلك فضلا عن ان التعدى وعدمه انما يرجع الى فعل عديم التمييز لا الى التمييز فى ذاته وذلك هو ما اشار اليه بعض فقهائنا المحدثين حينما صرح متسائلا " انه اذا كان المسبب صبيا أو مجنونا فهل ينظر الى اهليته فلا يعد الفعل الذى يصدر منه اعتداء تسببا لعدم تصور التعدى منه فلا ضمان عليه حينئذ او ينظر الى نفس الفعل وكونه محظورا ليعد اعتداء ويكون عليه الضمان ؟ " وقد اجاب عن ذلك بقوله " ذلك لم أره ويظهر من اطلاقهم فى فاعل الفعل الاول ـ اى المتسبب ـ اعتبار النظر الثانى والالزام بالضمان محافظة على الاموال " (٢)

---

(١) انظر فى ذلك د / السنهورى فى مصادر الحق حـ ١ ص٥٦ هامش/١
د / صبحى المحمصانى فى النظرية العامة للموجبات والعقود ، حـ ١ ، ص ٢٢٣ ، ٢٢٤ .
ـ د / عبدالحى حجازى فى المرجع السابق حـ ٢ ص ١٠٢ ومابعدها .
ـ د / منصور مصطفى منصور فى مذكرات الدراسات العليا بدبلوم القانون الخاص/ حقوق الكويت ٧٤/٧٥ ص٧٦ ومابعدها .
ـ د / بدر جاسم فى رسالته السابقة ص ١٠٢ ومابعدها .

(٢) الضمان فى الفقه الاسلامى للشيخ على الخفيف هامش ص٧٥ .

ثانيا : ان القول بعدم تضمين عديم التمييز فى تلك الحالة انما يستتبع القــول بان فعله فيها كان مباحا •

بيد انه لو كان كذلك لما توجه المشرع بالخطاب فى شأنه الى مــن له الولاية عليه ، اذ أن توجيه الخطاب بالنسبة لما هو مباح انما يكــون للمكلف ذاته ومن ثم فانه يمكن " ان يوصف ماصدر من غير المكلف بانــه فعل رفع الشارع فيه الاثم والعقاب الدنيوى لانتفاء اهلية التكليف الا ان هذا لايرفع عن نفس الفعل صفة المحظورية لذا يضمن مرتكبه فى ماله " (١)

ومن ثم فان عدم التمييز وان صلح عذرا لسقوط الاثم والعقاب الدنيوى فانه ليــس من شأنه ان يخلع عن نفس الفعل صفة التعدى ولذلك يضمن عديم التمييز ماتولــد عن فعله من ضرر (٢)

ثالثا : انه على الرغم من ان الفقهاء حينما نصوا على ضمان عديم التمييز لم يفرقوا بين ماهو أثر شرعي للمباشرة وماهو أثر للتسبب حيث اطلقوا القول فــى ذلك ، الا أننا لانعدم من تلك النصوص مايدل على ضمان عديم التمييــز فى تلك الحالة ومن ذلك مانص عليه الدسوقى من ان " الشارع جعــل الترك سببا فى الضمان فيتناول البالغ وغيره (٣)

ولاريب ان الترك من حالات التسبب فى الاضرار •

ومن ذلك ايضا ماجاء فى كتاب النيل من ان جساسة الطفل والمجنــون فيها قولان اى اذا دل طفل او مجنون على ماهو لآخر يضمنان فى احــد القولين (٤) ولاشك ان الدلالة تعتبر من قبيل التسبب •

ونخلص مما تقدم الى القول بان الفقه الاسلامــى لايأبى تضميــن

---

(١) د / سلام مدكور فى نظرية الاباحة ص ٤٣٩ •

(٢) د / محمد فاروق الحكام فى رسالته السابقة ص ١٠٢

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير حـ ٢ ص ١١١ •

(٤) النيل حـ ٧ ص ٦٢٠ ط بيروت •

عديم التمييز فى حالة التسبب كما هـو الشأن فى حالة المباشرة وذلك هـو ماذهب اليه الجانب الآخر من الفقـه (١)

---

(١) د / فاروق الحكام فى المرجع والموضع السابق .

— د / عبد الفتاح عبد الباقى فى مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقـه الاسلامى واحكام ... حـ ٢ المصادر غير الارادية حـ ١ ، ٧٥/٧٤ ص ٣٣ ومابعدها هامش /٧

— الاستاذ الشيخ / على الخفيف فى المرجع والموضع السابق .

الفصل الرابع
اثبات الحراسة وانقضاؤها وانتقالها

المبحث الاول
اثبات الحراسة

وفقا لما تقضى به القواعد العامة من ان عبء الاثبات يقع على عاتق المدعى فان اثبات صفة الحراسة يقع على عاتق المضرور من فعل الشيء .

وتبدو اهمية اثبات تلك الصفة فى انها تمثل مصدر الزام الحارس بالتعويض عن اضرار الشيء الموجود فى ظل حراسته (١) وليس ثمة صعوبة تعترض امكانية اثبات تلك الصفة وذلك لكونها تقوم على توافر السيطرة الفعلية بعناصرها المختلفة من استعمال وتوجيه ورقابة دون نظر الى شرعية تلك السلطة او عدم شرعيتها فهى من ثم تقوم على عناصر واقعية يسهل اثباتها بكافة طرق الاثبات ومنها القرائن القضائية (٢)

وليس ثمة شك فى ان افتراض الحراسة بموجب هذه القرائن (٣) انما ينبع من الرغبة فى التخفيف عن كاهل المضرور فى اثبات توافر تلك الصفة وهو ماقصدت نظرية المسئولية عن الاشياء الى تحقيقه ومن ثم اتفق الاجتهاد القضائى الفرنسى على دور تلك القرينة فى اثبات صفة الحراسة بالنسبة لمن كانت ثابتة له من قبل وقوع الضرر اذ بموجبها يمكن استصحاب ثبوت ماكان ثابتا من قبل (٤) وبالتالى فان المدعى لايكلف باثبات صفة الحراسة وقت حدوث الضرر

---

(١) د / سهير منتصر فى رسالتها السابقة ص ٩١ .

(٢) د / محمد لبيب شنب فى رسالته ف ١١٦ ص ١٣٦ .

(٣) د / عبد المنعم الصدة فى الاثبات فى المواد المدنية والتجارية ط ٥٤ ص ٢٨٤ ، ٢٨٥ .

(٤) مينسيه فى رسالته ف ١٧ ص ٦٨ اشار اليه المرجع اللاحق .

ـ د / محمد لبيب شنب فى رسالته ف ١٨ ص ١٣٦ ، ١٣٨ .

ـ جولدمان فى رسالته ف ٢٩ ص ٥٢ .

ـ وانظر نقض مدنى فرنسى فى ١٩٦٧/٤/٧ المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦٧ ص ٨٢٩ ونقض مدنى فرنسى فى ١٦ ديسمبر ١٩٧٠ ـ المجلة الفصلية للقانون المدنى ص ٨٥٥ .

د / السنهورى فى الوسيط حـ ١ ف ٧٢٦ .

= د / عبد الحى حجازى فى المرجع السابق ص ٥٥٣ .

متى اثبت توافرها من قبل يقع على عاتق المدعى عب، نفيها اذا ما ادعى انتقالها منه قبل وقوع الحادث (١)

بيد ان القضاء لم يتفق على اثبات صفة الحراسة للمالك بمقتضى قرينة تملكه للشيء حيث ذهب في جانب من احكامه الى القول بان قرينة الملك لا تصلح بذاتها لاثبات صفة الحراسة وانما يجب ان تنصب تلك القرينة على توافر الالتزام بالحراسة وذلك بصرف النظر عما اذا كان الملتزم بها هو مالك الشيء او غير مالكه اذ ليس ثمة مايمنع من ان يكون المالك قد حرم من المكنات التي تخولها له السيطرة الفعلية على الشيء فيفتقد عندئذ صفة الحارس ومن ثم ذهبت محكمة النقض في بعض احكامها الي القول بان الحكم يعتبر قاصرا في التسبب مادام لم يفصح عن الظروف التي دعته الى اعتبار المالك حارسا وذلك على الرغم من ان السيارة كان يقودها شخص آخر وضع تحت تصرف المالك بمعرفة صاحب الجراج (٢) اذ يبين من هذا الحكم انه لم يبدأ بافتراض الحراسة في شخص المالك حيث عاب على قاضي الموضوع عدم بيانه للاسباب التي دعته الى اعتبار المالك حارسا . بيد ان الامر لم يستمر في القضاء الفرنسي على هذا النحو، اذ عدلت محكمة النقض في احكامها التالية عن هذا الاتجاه واعتبرت ان الملك قرينة على توافر صفة الحراسة بالنسبة للمالك (٣) وذلك هو مارجحه الفقه المصرى والفرنسي لعدة امور تخلص فيما يلي :

اولا : ان الواقع العملي ينطق بان المالك يمارس بنفسه ولحسابه عادة المكنات المخولة له على الشيء المملوك له ومن ثم فانه اول شخص يفترض فيه ممارسة تلك المكنات وفضلا عن ذلك فان مشكلة البحث عن الحارس لا تثور عمليا الا اذا ترددت الحراسة بين المالك وغيره ، ومن البدهي انه اذا كانت ظروف الواقع تشير الى توافر الحراسة لهذا الغير فان الضرور

---

(١) د / لبيب شنب في رسالته ف ١١٧ ص ١٣٦ .
- د / سهير منتصر في رسالتها ص ١٩٣ - د /عاطف النقيب ص ٣٠ / ٣١ .

(٢) نقض مدني فرنسي في ٢٤ نوفمبر ١٩٤٦ داللوز الانتقادى ٤ - ٢ - نقض مدني فرنسي في ٣ نوفمبر ١٩٤٢ - ٤٣ ملخص ٨ .

(٣) نقض مدني فرنسي في ٧ ابريل ١٩٦٧ - المجلة الفصلية ٦٧ ١٩ص ٨٢٩ نقض مدني فرنسي في ١٦ ديسمبر ١٩٧٠ مشار اليه في المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٧١ ص ٨٥٥ .
- د / سهير منتصر في المرجع السابق ص ١٩٥ .

سيرفع عليه دعواه اذ لايعقل ان يكلف نفسه عناء رفعها على غير الحارس فيتحمل بذلك مغبة ماينتهى اليه الامر من رفض متوقع لدعواه فيضيع بذلك وقتا ومالا كان حرى به ان يتبصر فى تبديده (١)

وذلك هو ماعبر عنه الفقيه الفرنسى ستارك بقوله " ان المشكلة لن تثار الا فى حالة الشك ففى هذه الحالة وفقط يتعين ان تقرر الى اى الاشخاص يتوجه المضرور بمطالبته وهنا تبدو القرينة لازمة وضرورية (٢)

ثانيا : ان افتراض تلك الصفة فى جانب المالك سوف ييسر للمضرور الحصول على مايجبر ضرروه من تعويض حيث ان تلك القرينة قد كفته مؤنة الاستقصاء بحثا عن الحارس .

ثالثا : ان افتراض توافر هذه الصفة بالنسبة للمالك انما يتفق مع القواعد العامة فى الاثبات حيث تقرر تلك القواعد بان عبء الاثبات يقع على عاتق من يدعى خلاف الظاهر ولما كان المضرور لايدعى خلاف ذلك بالنسبة للمالك فانه يقع على هذا الاخير عبء اثبات عكسه ان اراد التخلص من المسئولية عن اضرار ذلك الشىء (٣)

وتجدر الاشارة فى هذا الصدد الى ان دور قرينة الملك فى اثبات صفة الحراسة لايقتصر على ذلك بالنسبة للمالك حيث يتعدى هذا الدور - على ماهو راجح من الفقه - الى اصحاب الحقوق العينية الاخرى المتفرعة عن حق الملكية كالمنتفع وصاحب حق الاستعمال وذلك نظرا لان هذه الحقوق تخول اصحابها سيطرة على الشىء تتحقق معها مقومات الحراسة . ومن ثم فان صاحب حق الانتفاع على مزرعة مثلا يكون هو الحارس لما يتناوله حقه

---

(١) سهير منتصر فى المرجع السابق ص ١٩٨ .
(٢) ستارك فى الالتزامات ص ١٩٤ ، ١٩٥ .
(٣) د / السنهورى فى المرجع السابق .
- د / لبيب شنب فى المرجع السابق ، د / سهير منتصر فى رسالتها ص ٩٣
- د / عبد الحى حجازى ص ٥٥٣ ، هنرى مازو فى دروس فى القانون المدنى مع التعمق اشار اليه د / شنب ص ٣٤٨ .

من ارض فيما تنتجه ومن اشجار فيما تثمره ومن ادوات ومواد يستعملها في ممارسة حقه متى كانت تلك المحتويات بحسب ظروفها ووضعها يمكن ان تؤلف وضعا يتوقع منه الخطر مما يستأهل بذل عناية خاصة في حراستها •

ومع ان الملك يعتبر قرينة على توافر صفة الحراسة الا انها قرينة بسيطة تسقط امام الدليل العكسي اذ يستطيع المالك كما قلنا ان يدفع تلك المسئولية باثبات انه لم يكن الحارس للشيء وقت حصول الضرر نظرا لعدم سيطرته الفعلية عليه في هذا الوقت (١)

رقابة محكمة النقض :-

لاشك ان العناصر المكونة للحراسة تعتبر من مسائل الواقع وبالتالي فان محكمة الموضوع تستقل بتقدير توافرها دون ثمة معقب عليها من قضاء النقض، اما مايتعلق بتقدير مدى كفاية هذه العناصر لتوافر صفة الحراسة بالنسبة لشخص معين فان ذلك يعتبر من المسائل القانونية التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا (٢)

---

(١) د / السنهوري جـ ١ ص ١٠٨٧ •
— د / شنب ف ١١٨ ص ١٣٨ المرجع السابق •
— د / حشمت ابو ستيت في المرجع السابق ف ١/٥٣٣ ص ٤٥٣ •
— د / جمال زكي في الوجيز ف ٣١٧ ص ٣٦٣ •
— د / اسماعيل غانم في النظرية العامة للالتزام ف ٢٥٧ ص ٤٥١ •
— د / جميل الشرقاوي في النظرية الكاملة للالتزام ف ١٠٦ ص ٤٩٥ •

(٢) جولدمان في رسالته ف ٨٩ ص ١٥٠ •
— د / شنب ص ١٣٨ •
— د / سهير منتصر في رسالتها ص ١٩٥ •

المبحث الثاني
انقضاء الحراسة وانتقالها

تمهيد :

أشرنا من قبل الى ان الحراسة تتمثل فى السيطرة الفعلية التى تكون لشخص على شىء معين تحقيقا للمصلحة الذاتية لمن تكون له تلك السيطرة .

وبدهي ان فقد هذه السيطرة يستتبع زوال صفة الحراسة ، بيد ان زوال هذه الصفة قد يكون بمقتضى انقضاء الحراسة على الشىء لتخلى المالك عن حقه فيه وقد يكون بمقتضى انتقالها الى الغير ، كما ان انتقال الحراسة الى الغير قد يكون بمقتضى ارادة الحارس وقد يكون ذلك دون ارادته وتشير الى تلك الفروض فيما يلى :

المطلب الاول
انقضاء الحراسة

يتحقق انقضاء الحراسة فى حالة النزول عن الشىء بنية التخلى عنه ، اذ يفقد الحارس فى هذا الفرض السيطرة على الشىء دون ان يكتسبها احد ومن ثم فانه يصبح من الاشياء المتروكة ولايكون ثمة حارس لها ويتحقق ذلك فى حال ما اذا كان الشىء منقولا (١) وتعتبر هذه الاشياء آنئذ من قبيل الاشياء المباحة التى لاحارس لها وتظل كذلك حتى يستولى عليها شخص بنية تملكها حيث يصبح من بعد المسئول عنها ، وبدهى ان هذا الشخص لايسأل الا عن الاضرار التى حدثت قبل استيلائه على الشىء . بيد ان اقتران التخلى عن الشىء بزوال صفة الحراسة عن المتخلى انما يفترض عدم اقتران هذا التخلى بخطأ يرجع الى مالكه المتخلى عنه ، اذ لو اقترن ذلك بخطأ منه ترتب عليه ضرر للغير فانه يحق للمضرور الرجوع على الحارس السابق (٢)

---

(١) مادة ٨٧١ مدنى مصرى وانظر د / السنهورى فى الوسيط ، جـ ١ ف ٧٢٦ ، جـ ٩ ف ٥ .

(٢) مازوا فى المسئولية جـ٢ ف ١١٦٦ ، د / محمد لبيب شنب فى رسالته ف ١١٢ ص ١٣٣ ، د / احمد شوقى عبدالرحمن فى المرجع السابق ف ٧٢ ص ٦٨ ، د / عاطف النقيب فى المرجع السابق ص ٤٠ .

ويتحقق ذلك الغرض الاخير في حالة ما لو ترك الشيء في مكان كان من المقدر او المحتمل أن ينشأ عنه ضرر او كان في الشيء وقت التخلي عنه مادة ضرة بالغير كان من الواجب على مالكها ان يتخذ من اسباب الحيطة والحذر مايدفع ضررها في المكان الذى تركها فيه • ومثال ذلك : مالوترك شخص مواد متفجرة في الطريق العام فتعثر بها أحد المارة فانفجرت فقتلته او جرحته ، اذ يسأل المالك عن ذلك برغم تخليه عن ذلك الشيء •

المطلب الثاني
انتقال الحراسة

الفرع الاول
انتقال الحراسة بمقتضى ارادة الحارس

تمهيد : تنتقل الحراسة بارادة الحارس بمقتضى مايجريه من تصرف قانوني يرد على الشيء الذى هو في حراسته ويستوى ان يكون هذا التصرف الناقل للحراسة ناقلا للملكية او مرتبا لحق عيني تبعي يمكن أن تثبت الحراسة بمقتضاه كالرهن الحيازى او مرتبا لحق شخصي كالاجارة والاعارة كما انه يستوى ان يكون هذا التصرف بموجب ارادتين كما تقدم او كان بموجب ارادة واحدة كالوصية (1) بيد ان انتقال الحراسة بمقتضى ارادة الحارس يفترض انتقال السيطرة الفعلية على الشيء الى الغير ، اذ لايكفي لانتقالها مجرد تمام التصرف القانوني لكونه لايعدو ان يكون قرينة بسيطة على انتقال الملكية ومن ثم : فانه اذا وجد اتفاق يقضي بانتقال الملكية الى شخص ما فان ذلك لايغني عن البحث

---

(1) كولان وكابيتان في مطول القانون المدني ح٢ ف ١١٩٥ ص ٦٧٩ •

– د / السنهورى في الوسيط ح ١ ف ٧٢٦ ص ١٢٢٩ •

– د / جميل الشرقاوى في المرجع السابق ص ٥٠٠ •

– د / انور سلطان في المرجع السابق ف ٥٦٦ ص ٦١٩ •

عمن تكون له السيطرة الفعلية على هذا الشيء حتى ولو كان هذا الشخص غير معين في الاتفاق (١) الا ان ذلك لايعني انعدام فائدة الرجوع الى ارادة المتعاقدين لتعيين الحارس اذ انه من الطبيعي ان يفترض فيمن انتقلت اليه الحراسة بموجب تصرف قانوني ، تحقق سيطرته الفعلية على هذا الشيء من الناحية الواقعية ومن ثم فانه توجد قرينة في تلك الحالة على انه الحارس ، غير ان تلك القرينة ليست قاطعة كما اسلفنا ، اذ يجوز للمضرور ان يثبت خضوع الشيء للسيطرة الفعلية من جانب شخص آخر فيكون هو الحارس (٢) وفي تلك الحالة فانه يحق للمضرور ان يرجع على الحارس الاصلي وفقا لوضعه القانوني دون اعتداد بهذا الاتفاق كما يجوز له كذلك ان يرجع على الشخص المسمى حارسا في الاتفاق وذلك لحمل هذا الاخير على تحميل الغير بالالتزام بالتعويض عن الضرر الناتج عن هذا الشيء رغم عدم انتقال الحراسة اليه فعلا وذلك على اساس ان هذا الاتفاق يتضمن اشتراطا لمصلحة المضرور يخوله مطالبة الحارس المعين فيه فضلا عن الحارس الذي يعينه القانون .

وليس ذلك — كما يرى الفقه — الا نوعا من التأمين من المسئولية لمصلحة المضرور (٣) .

---

(١) مازو في المسئولية حـ٢ ف ١١٧٤ — د / السنهوري في الوسيط ، حـ١ ف ٧٢٦ ص ١٢٢٩ ، د / عبد المنعم فرج الصدة في المرجع السابق ف ٥٥٤ ص ٧٠٠ ، د / محمد كامل مرسي ف ١٧١ ص ٢١٢ ، دكتور انور سلطان في المرجع السابق ف ٥٦٦ ص ٦١٩ ، الاستاذ / حسن عامر في المسئولية ف ٧٥٢ ص ٧٦٧ ، د / احمد شوقي عبد الرحمن في المرجع السابق ف ٧٥ ص ٧٠ ، د / محمد لبيب شنب في المرجع ف ١١٣ ص ١٣٤ ، د / عبد الفتاح عبد الباقي في المرجع السابق ص ١٥٥ ، د / سهير منتصر في رسالتها ص ٢٠٠ ، د / عاطف النقيب ص ٤٣ .

(٢) هنري مازو في دروسه ص ٣٥٢ .
— د / لبيب شنب في رسالته ف ١١٤ ص ٥٠١ .

(٣) د / السنهوري في الوسيط حـ١ ف ٦٢٥ ص ٩٨٥ .
— د / شنب في دروس في نظرية الالتزام ف ٤٠٢ ص ٤٣٤ ، ورسالته ف ١١٥ ص ١٣٥ .
— د / سهير منتصر في رسالتها ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ .

وسنعرض فيما يلى لنماذج تطبيقية من هذه التصرفات التى تنتقل بها الحراسة بمقتضى ارادة الحارس .

١ ـ عقد البيع :

يستتبع هذا العقد انتقال الحراسة الى المشترى حيث اضحى هذا الاخير مالكا له . بيد ان انتقال الحراسة بموجب هذا العقد قد يتحقق وقت انعقاد البيع وقد يتأخر عنه . وفى تلك الحالة الاخيرة فان الحراسة لاتنتقل الى المشترى الا منذ اللحظة التى تتحقق فيها سيطرته الفعلية على ما اشتراه . حيث ان العبرة كما قلنا هى بتسليم المشترى للمبيع والا فلا يصبح حارسا له ومن ثم فان الحراسة تبقى للبائع بحسب ماله على المبيع من سيطرة فعلية (١)

ومثال ذلك : ما لو باعت شركة سيارات سيارة الى شخص وعينتها فى العقد باوصافها وارقامها وتعهدت بتسليمها الى المشترى بعد مدة حددتها فى العقد فان الشركة بذلك تكون قد استبقت لها الحراسة على السيارة خلال تلك الفترة وبالتالى فانها تكون مسئولة عن الاضرار التى تلحق الغير من جراء

---

(١) انظر نقض مدنى مصرى فى ٢٤ مايو سنة ١٩٥١ ـ ١٣٢ ص ٨٥٧ ،نقض مدنى فى ٢٤ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفنى س ٢ .

وقد جاء بهذا الحكم الاخير " انه متى كان الواقع فى الدعوى هو أن الطاعن الاول اجر الى الطاعنين الثانى والثالث السيارة التى صدمت مورث المطعون عليهم بمقتضى عقد اشترط فيه انتقال ملكية العين المؤجرة الى المستأجرين بعد دفع كل الاقساط ـ عقد اجارة البيع ـ وكان الحكم المطعون فيه اذ حمل ذلك الطاعن المسئولية عن الحادث بالتضامن مع الطاعنين الثانى والثالث قد اقام قضاءه على ما استخلصته المحكمة استخلاصا سائغا من نصوص العقد من انه مازال وقت الحادث مالكا للسيارة وله بمقتضى العقد حق الاشراف والرقابة على من كان يقودها اذ ذاك وتسبب بخطئه فى وقوعه كان هذا الذى اورده الحكم كافيا لحمله ومؤديا الى ما انتهى اليه ومن ثم يكون النعى عليه بالقصور على غير اساس " .

نقل هذه السيارة مثلا الى حيث يتم تسليمها الى المشترى حتى افصح العقد عن التزام الشركة بنقل تلك السيارة الى هذا المكان ، وذلك بخلاف مالو كان المشترى قد تسلمها فى مركز الشركة واستعان بتابع لها لنقل السيارة الى حيث يريد دون ان تكون هذه الاستعانة من مقتضيات التسليم فان المشترى بذلك يكون قد أمسى الحارس للسيارة منذ ان تسلمها (١)

وتجدر الاشارة فى هذا الصدد الى ان عدم تسجيل السيارة وفقا لما يقضى به القانون لايغض من توافر صفة الحراسة بالنسبة الى المشترى ، اذ أن ذلك وان كان لازم لاكتساب ملكيتها الا انه ليس بلازم لاكتساب صفة الحراسة عليها حيث ان مناط تحقيق الحراسة كما قلنا هو توافر السيطرة الفعلية على الشيء . وما من شك فى ان المشترى فى تلك الحالة يمارس هذه السلطة ، وفضلا عن ذلك فانه اذا كانت الاعارة تنقل السلطة والحراسة الى المستعير - كما سنرى - فانه من باب اولى ان تنتقل تلك الصفة الى المشترى منذ تسلم السيارة وتحققت سيطرته عليها (٢) ، وفضلا عما تقدم فان الحراسة تنقل الى المشترى حتى ولو كان عقد البيع باطلا او قابلا للابطال طالما تحقق استلام المشترى المبيع (٣)

٢ - عقد الرهن الحيازى :

يستتبع هذا العقد انتقال حراسة الشيء المرهون الى الدائن المرتهن لانتقال حيازته الى هذا الاخير (٤) وبالتالى تتوافر له السلطة الفعلية على الشيء المرهون بمقوماتها المادية والمعنوية ، وآية ذلك / انه يلتزم بالمحافظة على المرهون وصيانته (م ١١٠٣) وبذلك تتوافر له سلطة الرقابة عليه وذلك فضلا عن انه ملتزم باستثمار المرهون (م ١١٠٤) مدنى وذلك عن طريق استعماله بنفسه او بتأجيره للغير ولا ريب أن

---

(١) ، (٢) د / عاطف النقيب فى المرجع السابق ص ٤٥ .

(٣) د / السنهورى فى الوسيط جـ١ ف ٧٢٦ ص ١٢٢٩ .

(٤) اما اذا كان الحق العينى التبعى متمثلا فى الرهن الرسمى أو فى الاختصاص فان ذلك لايرتب انتقال صفة الحراسة حيث لاتتوافر فى اصحاب هذه الحقوق مقومات الحراسة لكونها لاتخولهم سلطة فعلية على الشيء .

استعمال المرتهن للشيء المرهون بنفسه انمايخوله الانتفاع به وهو بذلك يكون حارسا له ، ولا يغض من ذلك ان يكون انتفاعه بمقابل وذلك خلافا لاستثمار المرهون عن طريق تأجيره اذ يكون المستأجر هو الحارس له .

والامر كذلك فيما لو وضع الشيء المرهون في حيازة عدل طبقا للمادة (١٠٩٦) حيث لايعتبر العدل حارسا للشيء فهو وان توافرت له الحيازة المادية على المرهون الا انه لايباشر سلطته عليه لحسابه الخاص وانما لحساب المرتهن ولمصلحته (١)

٣ — عقد الايجار :

يقتضي هذا العقد انتقال حراسة الشيء المؤجر الى من استأجره متى كانت له السيطرة الفعلية عليه ويظل كذلك طيلة اجل العقد ، فاذ اماانتهى هذا الاجل وعاد الشيء الى مالكه عادت الى هذا الاخير صفته عليه كحارس .

بيد انه اذا احتفظ المستأجر بالشيء على الرغم من انتهاء المدة المتفق عليها فانه يظل مع ذلك حارسا له سواء استندت تلك الحيازة الى سبب مشروع كالامتداد القانوني لهذا العقد أم لم تكن مستندة الى اى سند على الاطلاق (٢) ويصدق حكم انتقال الحراسة بعقد الايجار على حالة المزارعة اذ أن المزارع يكون حارسا على هذا الشيء المؤجر له بهذا الطريق ولايغض من ذلك كون الاجرة متمثلة في جزء من المحصول بدل النقد ، اذ انه لامحاجة في ان المزارع هو الذي يستعمل الارض المؤجرة اليه فهو يفلحها بجهده ومايستعين به من ادوات الزراعة (٣)

---

(١) جولدمان في رسالته ف ٣٨ ص ٦٨ ، د /محمد كامل مرسي في الالتزامات حـ ٢ ص ٣١٢ — د / سليمان مرقس في الفعل الضار ط ٢ ف ١٦٦ ، ص ٩٨ — د / لبيب شنب في رسالته ف ٩٠ ص ١٠٦ ، ١٠٧ .

(٢) جولدمان في المرجع السابق ف ٢٠ ص ٧٢ ، د / شنب في رسالته ف ٩٢ ص ١٠٨ ، د / شفيق شحاته في نظرية الحق العيني ف ١١٥ ، ص ١٣٧ ، د / عبد المنعم الشرقاوي في المرافعات المدنية والتجارية ط ١٩٥١ ف ٤٣ ص ١٤ ، محمد عبد اللطيف في الحيازة وآثارها في التقنين المدني المصري ط ١٩٥١ ف ١ حـ ١ .

(٣) جولدمان في رسالته ف ٤١ ص ٤٥ ، د /شنب في رسالته ف ٩٢ ص ١٠٨ ، ١٠٩ .

ولكن الامر يختلف فيما لو أجر شخص سيارة لآخر مع استبقاء الاول لسائقه قائما بقيادتها ، اذ يظل المؤجر في تلك الحالة هو الحارس طالما ظل يمارس هذا الحق .

ومثال ذلك : مالو أجر شخص سيارة لآخرين للقيام برحلة واحدة أو لعمل محدد الوجهة ولفترة قصيرة مع بقاء السائق التابع للمؤجر عاملا عليها ، اذ يدل ذلك على ان المؤجر قد أراد الاحتفاظ بحراسته للسيارة بدلالة انه استبقى سائقه قائدا لها ، وذلك هو مايحدث عملا في مكاتب السفريات التي تضع تحت تصرف العميل احدى سياراتها مع بقاء القيادة لسائق يعمل لديها وهو مايحدث كذلك عملا بالنسبة لتأجير الاجهزة الدقيقة التي تتطلب خبرة خاصة او دقة في استعمالها حيث يحرص مالكها على ابقاء تابعه عاملا عليها عند تأجيرها الى الغير ، ويكون بحرصه ذاك قد أراد الابقاء على مستخدمه تابعا له فترة الايجار يتلقى منه التوجيه الذى يقتضيه الاستعمال وان طال فتكون الحراسة قد ظلت بيده .

الاان صفة الحراسة في المثال السابق تنتفي عن المالك في حالة مالو أجر سيارة لمدة محددة وبقيادة السائق التابع له مدللا بذلك على مشيئته في ابقاء صفة الحراسة له ، الا ان المستأجر استغل الوضع وخرج في استعماله للسيارة عن الوجه المتفق عليه وبطريقته تتعارض مع العقد وذلك بموجب اتفاقه مع السائق على ذلك ، فان المستأجر بهذا يكون قد شذ عن العقد وعن غرضه وأنزل بذلك نفسه منزلة صاحب السلطة على السيارة حينما جعل من السائق تابعا عرضيا له وهو الامر الذى يستلزم القول بانتقال الحراسة اليه خلال تلك المدة التي يتحقق فيها ذلك المسلك منه (١)

ومع ذلك : فان ظروف الحال قد تفصح عن انتقال الحراسة الى المستأجر دون ماخروج منه عن مقتضى العقد كما لو كان اجل الايجار طويلا وكانت الظروف المحيطة بالعقد تستلزم من المستأجر ان يتصرف تجاه السائق

---

(١) د / شنب في رسالته ف ١٠٧ ص ٢٨ .
ـ د / السنهوري حـ ١ ف ٧٢٦ ص ١٠٨٧ ـ الاستاذ /د .عبد الحى حجازى في المرجع السابق ص ٣٨٠ ، الاستاذ / حسين عامر في المسئولية ف ٧٥١ ص ٧/٦٦ .

التابع للمؤجر تصرف الآمر عليه فانه يحق القول بانتقال الحراسة الى هـــذا المستأجر فى حدود استعماله للسيارة ولمدة تلك الفترة .

وعلى كل فانه يتعين الرجوع الى العقد لتحديد مدى سلطة كل مـــن المؤجر والمستأجر على السائق التابع للاول ويمكن الاستدلال على رغبة المالـــك فى نقل الحراسة كلما افصحت شروط العقد عن موافقة المستأجر على تحمله لكـــل خطر او ضرر ينتج عن استعمال السيارة أو عن خطأ سائقها مدة سريان العقد .

الا انه يجب ان يلاحظ ان مسئولية المؤجر تنحصر فى كل ماتقتضيه قيادة السيارة المؤجرة منه الى الغير — ومن ثم — فانه لو اجر شخص شاحنة الى آخـر وقيادة السائق التابع للاول فان صاحب السيارة يظل الحارس لها فى كـــل ماتقتضيه قيادة تلك الشاحنة ولكنه لايسأل عن الضرر الناشىء عن البضاعة المنقولة عليها متى كان المستأجر هو الذى تولى امر شحنها اذ يكون هذا الاخير بذلك هو المسئول عما يحدث بسببها من ضرر .

٤ — عقد العاريـــة :

يقتضى هذا العقد كذلك نقل حراسة الشىء المعار الى المستعير متى تسلمه هذا الاخير ليستعمله استقلالا خلال الفترة المحددة فـــى العقـــد (٢)

ويجب ان يلاحظ ان انتقال الحراسة الى المستعير انما هو بموجـــب مايستتبعه عقدها من وضع الشىء تحت سلطة هذا الاخير استقلالا لا من مجـــرد واجب المحافظة على هذا الشىء حيث ان وضعه تحت سلطة المستعير استقـلالا انما هو كاف فى حد ذاته لانتقال الحراسة اليه مالم يكن فى العقد ماينبىء عن تقييد حرية المستعير فى استعمال الشـــىء الى الحد الذى يكشف عـــن ارادة المعير فى استبقاء سلطته على هذا الشىء رغم اعارته ، كما لو أعار شخص سيارته لآخر الا ان الاول آثر الحيطة والحذر فرافق المستعير فى سيارتـــه

---

(١) د / عاطف النقيب فى المرجع السابق ص ٥٠ ، ٥٢ .

(٢) د / محسن فى رسالته ف ٩٣ ص ١٠٩ .

(٣) د / عاطف النقيب فى المرجع السابق ص ٤٨ ، ٤٩ .

حتى يتتبع بنفسه طريقة استعمالها والوجهة المحددة لها اذ لاشك ان المعير ، بذلك يكون قد افصح عن رغبته في التمسك بجوهر سلطته على السيارة فتكون حراستها بذلك له ، ولايغض من ذلك ان تكون قيادة السيارة في تلك الحالة للمعير او للمستعير ، والامر كذلك فيما لو استبقى المعير سائقه على السيارة ليقودها مع الخضوع لتوجيهاته اذ أن المعير بذلك يكون قد شاء الاحتفاظ بسلطته عليها وقت الاعارة . وذلك خلافا لما اذا كان المعير قد سلم السيارة الى المستعير ليستعملها هذا الاخير استقلالا في الغرض المستهدف من استعارتها خلال فترة محددة فان المعير بذلك يكون قد افصح عن ارادته في ترك الحرية للمستعير في استعمال السيارة دون رقابة عليه وبالتالي يصبح هذا الاخير هو الحارس لها ، وذلك هو ما افصح عنه قضاء النقض الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٧١/٣/٢٦ حينما نقض الحكم المطعون فيه استنادا الى أن محكمة الموضوع قد استبقت الحراسة للمالك على الرغم من الاعارة ، كما أخذت على محكمة الموضوع انها لم تتحرى عما اذا كان المستعير قد مارس على الشيء سلطة الاستعمال والرقابة أم لا (١)

كما افصح هذا القضاء في حكم له من قبل عن ان الشخص الذي يتلقى حرية التصرف بالسيارة بموجب عقد الاعارة يمسي الحارس لها خلال فترة العقد(٢)

---

(١) الاسبوع القانوني الفرنسي ١٩٧٢ ، ٢ ، ١٦٩٥٧

ـ د / شنب في رسالته ف ٩٣ ص ١٠٩ ، ١١٠ .

ـ د / عاطف النقيب في المرجع السابق ص ٤٨ ، ٤٩ .

(٢) انظر نقض مدني فرنسي في ١٩٥١/١١/١٢ ، داللوز ١٩٥٢ ، ٥٩٦ .

الفـــرع الثانـــى
انتقال الحراسة دون ارادة الجـــارس

تمهيـــــد :

لقد أشرنا من قبل الى ان حراسة الشئ تلازم السلطة الفعلية عليـه ، سواء استندت تلك السلطة الى وضع مشروع أم لم تكن كذلك .

ومن ثم فان خروج الشئ من يد مالكه او حارسه دون ارادته انما يستتبع القول بفقد الحارس لهذه الصفة وانتقالها الى من استولى على الشئ وانفـــرد باستعماله دون ارادة حارسه .

ويمكن ان يكون المنتزع سارقا او تابعا شذ عن ارادة متبوعه واستقـــل باستعمال الشئ دون ارادة هذا الاخير ، كما يمكن لهذا الفرض ان يتحقـــق فى حالة حمل المالك من قبل الغير على استعمال الشئ فى غير مايريده مالكـــه او حارسه قسرا ونعرض لهذه الفروض الثلاثة بالكلمة التالية :

أ — سرقة الشئ من حارسه المسئول :

لقد استقر الاجتهاد القضائى والفقهى على اعتبار السارق حارسا للشئ الذى سرقه وبالتالى فانه يكون مسئولا عن الاضرار التى تحدث بسبب هـــــذا الشئ طالما ظل حائزا له . وذلك هو ما افصحت عنه محكمة النقض الفرنسيـــة فى حكمها الصادر فى ١٩٤١/١٢/٢ ومابرح القضاء هناك يؤكده (١) فضـــلا

---

(١) انظر فى ذلك داللوز الانتقادى — ١٩٤٢ — ٢٥ وتعليق ريبيـــر وتعليق على نفس الحكم فى سيرى ١٩٤١ — ٢١٧ للاستاذ هنرى مازو ، وانظر : نقض مدنى فرنسى فى ١٩٧٣/١١/٢٢ مجلة الاسبـــــوع القانونى ١٩٧٣ — ٣٤١٢٤ ، ونقض مدنى فرنسى الغرفة الثانيـــة فى ١٩٧٥/١٠/٢٧ مجلة القصر ١٩٧٦/٣/٦ ، المجلة الفصليـــة للقانون المدنى ١٩٧٦ ص ٣٥٥ .

وانظر كذلك نقض مدنى فرنســى فى ١٩٦٩/٤/٢٩ مجلة القصـــر ١٩٦٩ ، ٢ — ٢١٥ .

عن انه يمثل اتجاه جمهور الفقه الفرنسي[1] ويمكن القول بان ذلك هو ماذهب اليه القضاء المصرى نظرا لانه اتخذ من السلطة الفعلية مناطا لتحقق صفة الحراسة في العديد من احكامه التى اشرنا الى طرف منها من قبل وذلك هو ماينسجم مع المفهوم القانونى للحراسة[2]

غير ان بعض الآراء قد شذت عن هذا هذا الاتجاه بحجة رعاية المضرور حينما ذهبت الى القول بان اعتبار السارق حارسا قد يتعارض مع مصلحة المضرور وخاصة اذا ماواجه سارقا منعدم القدرة على الوفاء بالتعويض[3]

ويبدو لنا ان هذا القول منقوض بأمور ثلاثة :

١ — ان السرقة تعتبر حدثا عارضا اذ هي امر استثنائي ومن ثم فانه لايمكن التوسل به الى هدم القاعدة العامة التى تقضي بثبوت الحراسة لمن له السيطرة الفعلية على الشيء وذلك فضلا عن ان النظر فى ذلك لايمكن ان يكون للمضرور وحده ، اذ ماذنب المالك فى ان يسأل عن ضرر لايد له فيه مباشرة أو تسببا .

٢ — أن السارق كما قد تنعدم لديه القدرة على الوفاء بالتعويض فقد يكون لديه القدرة على ذلك ومن ثم فان هذين الاحتمالين متساويان ومتى تساوت الاحتمالات فان الاستدلال بها يسقط .

٣ — انه لايمكن تحميل المالك عبء الضرر الحادث بدعوى ان هناك خطأ فى جانبه تمثل فى الاهمال الذى سهل للسارق الحصول على الشيء وذلك لسببين :

اولهما : ان الواقعة قد تتجرد عن نسبة الاهمال الى المالك ومع ذلك تتحقق السرقة لكونها غير مرتبطة ارتباطا سببيا باهمال المالك ، وهذا الفرض هو الاكثر وقوعا .

---

(١) انظر فى ذلك : أوبرى ورو واسمان فى القانون المدنى حـ ٦ ط ٦ ف ٤٤٨ مكرر ص ٦٥٧ ، مازو فى المسئولية ط ٦ ف ١٢٢٩ ، ستارك فى الالتزامات حـ ٦ ط ٦ ف ٥٠٤ ، ٦١٤ / ٣ .

(٢) انظر فى ذلك : ابراهيم الدسوقى فى رسالته الاعفاء من المسئولية عن حوادث السيارات ط ٧٥ ف ١٦١ ص ١٢٢٤ الى ٢٢٦ ، د/ سهير منتصر فى رسالتها ص ٢٠٤ ، د/احمد شوقى عبد الرحمن فى بحثه ف ٥٩ ص ٧٢ .

(٣) انظر عرضا لهذا الرأى فى مؤلف د / عاطف النقيب ص ٦٠ المرجع السابق .

وثانيهما : انه على فرض القول بتحميل المالك عبء الضرر الحادث نتيجة ماقد ينسب اليه من اهمال فان هذا الاخير يستلزم اقامة الدليل عليه وعلى انه كان بذاته العامل المنتج للحادث وبدهى ان ذلك ليس من اليسير وبخاصة مع ماترجحمن اعتماد نظرية السبب الملائم او المنتج عند تعدد الاسباب •

ومن ثم فانه يمكن القول بانه على الرغم من ان اهمال المالك بترك ابواب سيارته مفتوحه ، مثلا قد يكون مما سهل سرقتها الا ان الحادث وقع بعد السرقة وبفعل السيارة وعلى يد سارقها فيكون هذا الفعل هو السبب المنتج للحادث(١) وذلك هو ما استقر عليه قضاء النقض الفرنسى (٢) والمصرى •

ولئن كان للقول بعدم اعتبار السارق حارسا من مبرر يذكر فانه يكفى المضرور مؤنة البحث عن السارق الذى اعتبر حارسا وبخاصة مع احتمال عدم الوصول اليه ومن ثم تكون المسئولية على المالك •

ويكفى للرد على ذلك ان هذا الرأى يحمل المالك تبعة عدم الوصول الى السارق الذى اعتبر حارسا ولاريب ان القول بذلك فيه من الاخلال بالعدالة مافيه •

ب ـ خروج التابع عن تعليمات متبوعة :

لقد اشرنا من قبل الى ان التابع ليس هو الحارس المسئول عن الشىء الذى يستعمله لمصلحة متبوعه وذلك بحكم رابطة التبعية من جانب الاول للاخير والتى تتمثل فى خضوع التابع فى استعماله للشىء لمقتضى توجيه ورقابة المتبوع • بيد أنه قد يحدث عملا ان يستأثر التابع بالسلطة او السيطرة على الشىء مخالفا بذلك تعليمات متبوعه او معارضا بذلك مشيئته المقدرة او المصرح بها • ويتحقق

---

(١) د /سهير منتصر فى رسالتها ص ١١٢ / ١١٣ ، د /عاطف النقيب ص ٦٠ ، ٦١ •

(٢) حكم النقض الفرنسى السابق الاشارة اليه فى ٢ / ١٢ / ١٩٤١ وانظر تفصيلا لذلك فى رسالة الدكتور / ابراهيم الدسوقى الاعفاء من المسئولية وحوادث السيارات ط ٧٥ ف ١٦١ ص ٢٢٤ ـ ٢٢٦ •

ذلك حينما يستعمل التابع الشئ في تحقيق مصلحة شخصية له تكون بمعزل عن مصلحة المتبوع وهنا يمكن القول بان المالك اوالمتبوع قد فقد سلطته على الشئ طيلة الفترة التى استأثر فيها التابع بالشئ المملوك للاول وذلك يستتبع القول بان التابع قد امسى الحارس المسئول عن الاضرار الناجمة عن الشئ الواقع تحت سيطرته ومشيئته (1) ومثال ذلك : مالو طلب صاحب السيارة من سائقها التابع له ضرورة ايقافها فى المكان المخصص لذلك لعدم حاجته اليها بيد أن السائق استبقى السيارة تحت يده للذهاب بها فى نزهة خاصة دون اذن من المتبوع .. ولاشك أن السائق بذلك يكون قد عارض اوامر متبوعه حينما استأثر بالسيارة خلافا لمشيئة هذا الاخير فيكون بذلك هو الحارس المسئول عنها .

والامر كذلك فيما لو انحرف التابع بالسيارة عن وجهتها الاصلية بهدف استعمالها لمنفعته الشخصية ، كما لو عهد المتبوع الى السائق التابع له بنقل بضاعة على السيارة المملوكه للاول الى مكان حدد له على ان يعود فورا اتمام النقل والتسليم ، الا ان السائق استغل هذه الفرصة وقام بعد ذلك بالاتفاق مع آخر على نقل بضاعة مملوكة لهذا الاخير الى وجهة اخرى وذلك سعيا الى كسب يجنيه لنفسه خفية عن المالك وخلافا لتعليماته ، ولا ريب أن التابع بذلك قد استغل السيارة عاملا لمصلحته الذاتية فيمسى بذلك هو الحارس المسئول عنها طوال تلك الفترة التى استغل فيها السيارة لمنفعته الخاصة (2)

---

(1) انظر نقض مدنى فرنسى فى ١٧/٤/١٩٤٧ داللوز ١٩٤٧ _ ٣٦٢ ،
ونقض مدنى فرنسى فى ٢١ نوفمبر ١٩٥٦ داللوز ١٩٥٧ _ ٥١ ،
وانظر فى ذلك : د / السنهورى فى الوسيط حـ١ ف ٧٢٦ ص ١٢٣٠ ،
د / سليمان مرقص فى الاحكام الخاصة المرجع السابق ف ١٨٩ ص ١٨٤ ،
د / محمد كامل مرسى فى الالتزامات ف ١٢١ ص ٢٣٠ ،
د / حشمت ابو ستيت فى الالتزامات ف ٥٢٣ ،
د / محمد لبيب شنب فى رسالته ف ١٠٧ ص ١٢٨ ،
د / سهير منتصر فى رسالتها ص ١٧٦ ومابعدها .

(2) ومع ذلك فان البعض يرى : ان تجاوز التابع لصلاحيته اذا كان فى ... العمل وفى المكان المخصص لذلك فان الحراسة تظل للمتبوع وذلك للاسباب الاتية "أولا: لان للمتبوع سلطة يباشرها على تابعه من حيث

ولا نظر فى هذا الصدد لما يمكن ان يقال بان وجود التابع فى خدمة متبوع هو الذى يسر للاول طريق الاستيلاء على السيارة خلافا لمشيئة مالكها ، اذ سبق أن قلنا ان مناط ثبوت الحراسة لشخص ما انما يتوافر بمقتضى سلطته الفعلية على الشيء الموجود فى حيازته .

— الرقابة والتوجيه اثناء فترة العمل عند تواجده فى مكان العمل ولاتكفى هذه السلطة وحدها لمساءلته مدنيا عن اعمال تابعه اذا كان الخطأ لايرتبط بوظيفته ولكن وجود هذه السلطة فى حد ذاته ينقص من سلطة التابع فضلا الاستقلال لخضوعه لسلطة المتبوع ويكون للاخير حراسة الشيء " .. ثانيا — انه لايستساغ القول بان حيازة التابع للشيء قد تمت رغما عن ارادة المتبوع والفرض ان الشيء كان موجودا اثناء العمل فى مكان العمل وقت استخدام التابع للشيء متجاوزا حدود وظيفته " .. ثالثا — أن استخدام التابع للشيء اثناء فترة العمل وفى المكان المخصص لذلك من شأنه ان يجعل هذا الشيء خاضعا للسلطة المباشرة للمتبوع فدور التابع يقتصر على مجرد الحيازة المادية ، اما سلطة التوجيه المعنوى فانها تظل للمتبوع على ان للمتبوع سلطة التوجيه المادى للشيء الذى يوجد فى مكان العمل" .. رابعا — ان الاحكام القضائية التى تقرر فقد المتبوع للحراسة عند تجاوز التابع لحدود وظيفته تعنى بالاشارة الى أن استخدام التابع قد تم فى غير وقات العمل أو خارج مكان العمل وهذا يفيد بمفهوم المخالفة ان جاوز التابع لحدود وظيفته فى مكان العمل اثناء الفترة المخصصة للعمل يجعل الحراسة للمتبوع " .. انظر فى ذلك : د / احمد شوقى عبد الرحمن ى المرجع السابق ف ١٥٤ ص ١٤٠ ، ولكنا لانسلم بهذا الرأى ، اذا ما الذى يمنع من تصور حالات يتجاوز فيها التابع حدود صلاحياته فى اثناء العمل وفى مكانه بصورة تنتزع فيها سلطة الحراسة من المتبوع ، كما لو استغل التابع وجوده فى مكان العمل واثناء ساعاته لاستعمال احدى الآلات لاغراضه الشخصية وفضلا عن ذلك فان هذا الرأى يفترض أن العمل الذى يقوم به التابع محدود الدائرة وفى مكان معين وذلك فرض ليس صحيحا على اطلاقه ..

وجب ان يلاحظ فى هذا الصدد ان الفرض السابق لا يختلط بتلك الحالة التى يخالف فيها التابع تعليمات متبوعه لمصلحة هذا الاخير ، كما لو حدد المتبوع للسائق خطا معينا للسير فيه ، بيد ان التابع تخير طريقا اسهل واقصر للوصول الى غايته المحددة من قبل المتبوع ، اذ أن التابع بذلك يعمل لمصلحة متبوعه وفى الوجهة التى حددها من قبل ومن ثم فان الحراسة فى مثل هذا الفرض تكون للمالك المتبوع وليس للسائق التابع(١)

جـ ــ حمل السائق على استعمال لا يريده :

قد يتحقق زوال الحراسة عن المالك على الرغم من ان يده على الشئ المملوك له والحالات التى يتبدى فيها مثل هذا الفرض كثيرة فى الواقع، ومنها مالو ان شخصا كان يقود سيارته فحمله آخر قهرا على السير بها فى اتجاه آخر فرضه عليه تحت تهديد السلاح مما سلبه حرية التصرف .

ولاشك ان السائق فى مثل هذه الحالة يكون واقعا تحت سيطرة الشخص الذى تسلط عليه مما حرمه الاستقلال بسيارته استعمالا وتوجيها . ويمكن القول آنئذ بأن السائق قد فقد سيطرته على هذه السيارة مما يستتبع القول بانتقال حراستها الى من هدده ويظل كذلك طيلة الفترة التى يكون فيها السائق واقعا تحت هذا التهديد وبالتالى فانه لو حدث بفعل السيارة خلال هذه الفترة المذكورة ما أدى الى الاضرار بالغير فان مالكها او سائقها لا يسأل عن ذلك بل يكون المسئول هو من وجهه الى حيث يريد لانتقال الحراسة بذلك اليه (٢)

---

(١) ، (٢) د / عاطف النقيب فى المرجع السابق ص ٦٤ ، ٦٥ ، ٦٦ .

المبحث الثالث

موقف الفقه الاسلامي من انقضاء الحراسة وانتقالها

لقد اشرنا من قبل الى ان مفهوم الحراسة فى الفقه الاسلامي يتمثل فى وضع اليد على الشيء وضعا يمكن من استعماله وتوجيهه ورقابته على حد التعبير القانوني .

ولاريب ان زوال تلك اليد يستتبع عدم ضمان من زالت يده من على ذلك الشيء سواء كان ذلك بمقتضى تخلى المالك عن ملكه بمعنى النزول عنه [١] اوكان ذلك بمقتضى تصرف صادر منه فى اى صورة يكون أى سواء كان ذلك عن طريق البيع او الايجار او الوديعة او يكون زوال اليد بمقتضى انتزاع الشيء جبرا من يد من كانت يده عليه كما فى حالة السرقة والغصب .

وماكان زوال الحراسة فى تلك الحالات الا لزوال وضع اليد الذى هو مناط الضمان فى الفقه الاسلامي .

وقد سبق ان رأينا ان الفقهاء قد نصوا بصدد ضمان ماتحدثه الدابة على ان المودع والمستأجر للحفظ كالمالك فى ان كلا يضمن ما أتلفته الدابة " [٢] وان " التقصير فى حفظ الدابة لايختص بمالكها بل يعم من قصر فى ضبطها وحفظها من مالك او غاصب أو مودع او مستعير او مستأجر " [٣]

بيد انه يلزم لانتقال الحراسة فى اى من هذه الحالات انتقال حيازة الشيء مع سبب هذا الانتقال ، فلا يكفى مثلا مجرد العقد لانتقال الضمان دون تسليم الشيء تسليما فعليا وفى ذلك يقول الامام السرخسي " ولو وضع ساجة فى الطريق او خشية باعها رجل وبرىء اليه منها فتركها المشترى حتى عطب بها انسان فالضمان على الذى وضعها لانه كان متعديا فى وضعها

---

(١) ولذلك نص الفقهاء وعلى ان الضمان ينتفى نهائيا اذا لم يكن للحيوان مالك ـ انظر ذلك : الضمان فى الفقه الاسلامي للشيخ محمد الخفيف ص ٢٤١ ـ ٢٤٢ .

(٢) اسنى المطالب حـ ٤ ص ١٧٣ ، النووى فى شرحه لصحيح مسلم حـ ١ ، ص ٢٢٥ .

(٣) قواعد الاحكام للعز بن عبد السلام حـ ٢ ص ١٦٦ .

فما بقيت في ذلك المكان بقي حكم فعله وكما ان انعدام ملكه في الخشبة لا يمنع وجوب الضمان عليه بوضعها في الطريق فكذلك زوال ملكه بالبيع " (١)

وقد علق الزيلعي على تضمين البائع في تلك الحالة قائلا " ألا تـرى ان ذلك الاشغال ولو حصل من غير مالك كالمستأجر اوالمستعير او الغاصب يضمن " (٢)

---

(١) المبسوط للسرخسي جـ ٢٧ ص ٨ .

(٢) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٤٣ ط ١٩٧٧ م .

الباب الثانــــي
الاشياء التي تكــون محلا للحراســــة

تمهيـــــد :

يطلق الشيء في اللغة ويراد به كل ماهو موجود سواء كان وجـــوده وجودا حسيا أم كان وجودا معنويا [(١)] .

ومن ثم عرف اللغويون الشيء بانه كل مايصح ان يعلم ويخبر عنه [(٢)] وبدهي ان فكرة المسئولية عن الاشياء لاتثور بصدد ماهو معنوى من الاشيـــاء اذ لايتصور حدوث ضرر بسببها [(٣)]

كما ان هذه المسئولية لاتثور بصدد كل ماهو مادى من الاشياء اذ يخرج عن نطاقها الاشياء الحية بانواعها التي تتمثل في الانسان والحيوان والنبـــات كما يخرج عن حكمها الاضرار الناشئة عن تهدم البناء حيث تنظم المادة ١٧٧مدني المسئولية عماينشأ عن ذلك من اضرار .

وبذلك ينحصر مدلول الاشياء التى تكون محلا لتلك المسئولية في الاشياء الجامدة عدا البناء .

وبهذا يكون المقنن قد اطلق المسئولية عن الاشياء مريدا بها ماتقـــدم ذكره وذلك من باب اطلاق الكل وإرادة الجزء . وهو اطلاق لاتثريب عليه فـــي استعماله لغويـــا .

الا ان القوانين لم تتفق على تحديد الاشياء التى تكون محلا لهـــذه المسئولية فبينما نجد بعضا منها يعمم احكام هذه المسئولية على جميع الاشيـــاء دون قصرها على نوع معين وذلك كالقانون اللبنانى الذى نصت المادة ١٣١ منه على ان " حارس الجوامد المنقولة وغير المنقولة يكون مسئولا عن الاضرار الـــتي تحدثها تلك الجوامد ..... " [(٤)]

---

(١) المصباح المنير حـ ١ ص٥٠٥ .

(٢) المنجد مادة (شيء)

(٣) د / سليمان مرقس في الفعل الضار ، ١٩٦٢/ ف ١١٤ ص ٢١٤ .

— د / لبيب شنب في رسالته المسئولية عن الاشياء ط ١٩٧٥ ف ٢ ص ٥ .

(٤) انظر في تفصيل ذلك د / عاطف النقيب في النظرية العامة للمسئوليـــة الناشئة عن فعل الاشياء ص ١٣ .

والامر كذلك بالنسبة للقانون المدنى الفرنسى الذى نصت الفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ منه على انه يسأل الانسان ليس عن الضرر الذى يحدثه بفعله الشخص فقط وانما عن " الاشياء الموجودة تحت حراسته "(١)

ومن ثم فانه يخضع لنطاق هذه المسئولية كل الاشياء غير الحية مهما كانت المادة المكونة لها وسواء كانت منقولة أم عقارية (٢) وسواء كانت عقارا بطبيعته أم كانت عقارا بالتخصيص(٣) وسواء كان الشئ خطر وتتطلب حراسته عناية خاصة ام كان غير خطر اللهم الا تلك الاشياء التى ورد بشأنها نصوص خاصة كالبناء اذا كان الضرر ناشئا عن تهدمه م ١٣٨٦ ... الخ وذلك خلافا لما ذهب اليه القانون المدنى المصرى من قصر احكام تلك المسئولية على بعض الاشياء على ان يخضع ماسواها للقواعد العامة .

ومن ثم كان نص المادة ١٧٨ على ان " كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة او حراسة الات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الاشياء من ضرر مالم يثبت ان وقوع الضرر كان بسبب اجنبى لايد له فيه . هذا مع عدم الاخلال بما يرد فى ذلك من احكام خاصة " .

ومن ثم فان نطاق الاشياء التى تكون محلا لتطبيق احكام هذه المادة يقتصر على الاشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة للوقاية من ضررها وذلك فضلا عن الآلات الميكانيكية التى افترض المقنن حاجتها الى العناية الخاصة فى حراستها نظرا لطبيعتها ولما ركب فيها من محرك ذاتى .

---

(١) " on est responsable non seulement domage que l'on cause par son proper fait, mais encore.. dGS choses que l'on a sous sa garde"

(٢) مازو فى المسئولية حـ ٢ ف ١١٩٦ ص ١٨٤ .

(٣) دكتور / سليمان مرقس ، فى الاحكام الخاصة ف ١٨٧ ص ١٧٦ .

وذلك ماسنعرض له فى هذا الباب فضلا عن محاولة التعرف على موقف الفقه الاسلامى من تحديد الاشياء التى يمكن ان تكون محلا للمسئولية عن اضرارها •

ومن ثم تتوزع الدراسة فى هذا الباب على فصول ثلاثة :

الفصل الاول : فى تحديد الاشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة •

الفصل الثانى : فى الآلات الميكانية •

الفصل الثالث : فى موقف الفقه الاسلامى من تحديد الاشياء التى تكون محلا للمسئولية عن اضرارها •

الفصل الاول
تحديد الاشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة

ليس ثمة شك فى ان تطلب العناية الخاصة بشى ما (فى نطاق المسئولية عنه) انما ينبع من خطورته ولكن متى يكون الشيء خطرا حتى يستأهل تلك العناية وبالتالى يخضع لنطاق الاشياء التى عناها النص القانونى ؟

لقد اختلف الفقه حول الاجابة على هذا التساؤل وتبلور ذلك فى ظهور الاتجاهين التاليين :

الاتجاه الاول : يرى أن خطورة الشيء تتحقق فى حالتين :

الحالة الاولى : اذا كانت طبيعة الشيء تستلزم العناية الخاصة فى حراستها نظرا لما يصاحب تلك الطبيعة من خطورة ملازمة لها كالاسلحة غير الميكانيكية والمتفجرات والاسلاك الكهربائية والمواد الكيماوية .. الخ

ومرد تطلب العناية الخاصة فى حراسة مثل هذه الاشياء انه لايمكن توقى خطورتها الا ببذل العناية الفائقة لتعاظم احتمال تسببها فى احداث الضرر .

ومن ثم فان معيار الخطورة فى تلك الحالة انما هو معيار موضوعى .

الحالة الثانية : وهى التى لاتكون فيها الخطورة مصاحبة لطبيعة الشيء الا انها تنبع من الظروف والملابسات التى تحيط بوضعه وهو مايستتبع بذل عناية خاصة فى حراسته حتى لايتسبب عنه اضرار بالغير .

فلئن كان قيام الشجرة فى موضعها لايؤنس منه خطورة تستأهل بذل عناية خاصة فى حراستها الا انها تشكل خطرا متى اقتلعتها الرياح والقت بها فى عرض الطريق والامر كذلك بالنسبة للصخور والرمال اذ هى بحسب طبيعتها لايتوقع منها خطر متى كانت مستقرة فى موضعها الا ان انحدار الصخر من على او انهيار الرمال يمثل خطورة تستوجب الرعاية الخاصة فى حراستها ، ولكن انتفت الخطورة عن السلم مثلا بحسب طبيعته الا ان دهانه بمادة لزجة لاينفى (١)

---

(١) لـ د / السنهورى فى الوسيط جـ ١ ف ٧٣١ ص ١٢٣٨ ومابعدها ،
وانظر تطبيقات اخرى فى مازو فى مطول المسئولية جـ ٢ ف ١٢٥٨ ،
ص ٣٥٩ ، ف ١٢٧٠ ص ٣٥٩ .

احتمال الانزلاق من فوقه ، وهكذا يكون للظروف والملابسات اثرها في اضفاء صفة الخطورة على مثل هذه الاشياء على الرغم من ان طبيعتها لايلوح منها الخطر .

ومن ثم فان معيار الخطورة في تلك الحالة انما هو معيار شخصي .. ويمثل جمهور الفقه المصري انصار هذا الاتجاه الاول (١)

---

(١) انظر في ذلك : د / السنهوري في الوسيط في المرجع والموضع السابق
- د / حشمت ابو ستيت في نظرية الالتزام الطبعة الثانية ١٩٥٤ ف ٥٥٧ ص ٥١٤ .
- د / عبد المنعم فرج الصدة في مصادر الالتزام ط ١٩٦٩ ، ف ٥٣٣ ، ص ٥٨٣ .
- د / اسماعيل غانم في النظرية العامة للالتزام ط ١٩٦٨ جـ ١ مصادر الالتزام ف ٢٥٨ ص ٥٥٤ .
- د / احمد سلامه في مذكرات في نظرية الالتزام ط ١٩٧٥ ، مصادر الالتزام ، ف ٢٢٢ ص ٣٤١ .
- د / عبد الحي حجازي في المرجع السابق ص ٥٠٠ ، ٥٠١ .
- د / محمود جمال الدين زكي في الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني جـ ١ مصادر الالتزام ط ١٩٧٦ ف ٣٠٥ ص ٥٥٥ .
- د / عبد الرازق حسن فرج في المصادر غير الارادية ف ٥٥ ص ٦٨
- الاستاذ / حسين عامر في المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية ، ط ١٩٥٦ ف ٣٥٩ ص ٧٧٢ .
- د / سهير منتصر في رسالتها " تحديد مدلول الحراسة في المسئولية عن الاشياء " ص ٥٢ .
- د / محمد نصر الدين رفاعي في رسالته " الضرر كأساس للمسئولية المدنية في المجتمع المعاصر " ف ٥٢٩ ص ٦٧٣ .
- د / بدر جاسم في رسالته " المسئولية عن استعمال الاشياء الخطرة في القانون الكويتي ص ٤٨ " وذلك هو ما اخذت به محكمة القاهرة الابتدائية في حكم لها بتاريخ ٢٠/١٠/١٩٥٤ ، مجلة التشريع والقضاء - ٧ - ٢١ - ٥٧ .

الاتجاه الثاني : يرى قصر نطاق الاشياء التي تخضع للمادة ١٧٨ مدني على مايكون منها خطر بطبيعته وحسب ، اما تلك التي لايلازمها الخطر بحسب طبيعتها فانها لاتدخل في نطاق هذا النص ، وذلك هو ماذهب اليه الجانب الاخر من الفقه[١]

---

(١) د / سليمان مرقس في محاضرات في المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ، القسم الثاني - الاحكام الخاصة - ط معهد الدراسات العربية العالمية ١٩٦٧ ف ٨٧ ص ١٧٩ .

- د / محمد لبيب شنب في رسالته المسئولية عن الاشياء ط ١٩٥٧ المرجع السابق ف ٤٩ ص ٦٩ .

- د / محمد نصر رفاعي في رسالته "الضرر كأساس للمسئولية المدنية في المجتمع المعاصر ط ١٩٧٨ ف ٥٢٩ ص ٦٧٢ وذلك هو ماذهب اليه جانب من الفقه الفرنسي قبل المرحلة الاخيرة من مراحل تطوره حيث كان يرى هذا الجانب من الفقه ان الشخص لايسأل عن الاضرار الناتجة عن الاشياء طبقا للمادة ١٣٨٤ / ١ مدني فرنسي اذا كانت هذه الاشياء تستلزم الحراسة نظرا للخطر الذى يحتمل وقوعه منها بحسب طبيعتها ولايعتد بظروف الحادث في تقدير ما اذ اكان الشئ خطرا او غير خطر بل يجب اثبات ان الشئ خطر بطبيعته وبذاته ومن ثم فانه اذا وقع الضرر بسبب اشياء غير خطرة بطبيعتها وجب الرجوع للقواعد العامة في المسئولية وفقا للمادة ١٣٨١ مدني فرنسي .

- انظر في ذلك : جورج ريبير : القاعدة الخلقية في الالتزامات ف ١٢٤ ص ٢٢٤ .

Repert, georges: la Regle Morale dans les obligations civiles 4 eme edn librairie Generale de droit et de jurisp rudence paris, 1949.

- وانظر يوسف برسوم في مسئولية الاضرار الناتجة عن الاشياء الجامدة ص ٦٢

Barsoun YG: Responsabilite du fait des choses, these pour le Doctorat lmprimerie GE Albertiri. le Caire 1932.

وسنعرض لما احتج به انصار هذا الاتجاه الاخير متبعين كل حجة بما نراه ازاءها وتخلص تلك الحجج فيما يلى :

اولا : ان المشروع التمهيدى قد افصح عن ان المقصود بالاشياء الخطرة هى، التى تشترك مع الآلات الميكانيكية فى كونها تتطلب بطبيعتها عناية خاصة وذلك بدليل ان عبارة المشروع التمهيدى قد جرى نصها على ان " كل من يتولى حراسة آلات ميكانيكية او اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة ... " الخ (١)

ولما كان مناط افتراض الخطأ فى المسئولية عن الآلات الميكانيكية يرجع الى خطورتها بحسب طبيعتها فان ذلك يستتبع القول باشتراط الخطورة فى طبيعة الاشياء المشتركة معها فى الحكم .

= وانظر نقض مدنى فرنسى فى ١٩٢٧/٢/٢١ حيث جاء فى هذا الحكم مايلى : " وحيث ان القانون لاجل تطبيق الافتراض الذى يقرره لايميز بين ما اذا كان الشئ محركا او غير محرك بيد الانسان وانما يكفى ان يكون هناك شئ فى حاجة الى الحراسة وذلك بسبب مايمكن ان يعرض له الناس من الاخطار " .

Mais attenedu que la loi pour l application de la presomption qu elle edicte ne distingue pas suivant gae la chose et ait ou non actionnee par la main de l homme qu, il suffit qu' il agisse d'une choss soumise a la necessite d'une garde en rarson des dangers qu' elle peut faire ocurir a autrui).

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٤٣٥ .

ولا يدحض تلك الحجة - في نظر اصحابها - ما ادخله المقنن من تعديل طفيف على النص حيث انه لايقصد بذلك اى تغيير في المعنى وانما قصد به جعل المعنى اكثر وضوحا • ويبدو لنا ان هذه الحجة موضع نظر لاسباب ثلاث :

أ - ان تأخير عبارة الآلات الميكانيكية انما هو تخصيص بعد التعميم ويدل ذلك لغويا على اشراك المخصص في الحكم مع ماقبله فضلا عن لفت النظر الى اهميته • والحكم هنا هو المسئولية عن أضرار الاشياء وليس هو مناط افتراض الخطأ في المسئولية • وذلك فضلا عما يفصح عنه هذا التخصيص من لفت النظر الى اهمية الآلات الميكانيكية في سبب هذا التشريع نظرا لان هذه المسئولية لم تنشأ الا بسببها ابتداء كما هو معلوم في الفقه ومن ثم فان عطف الآلات الميكانيكية على الاشياء التى تتطلب عناية خاصة في حراستها انما هو للاشتراك في الحكم لا في تطلب الخطورة في طبيعة هذه الاشياء •

ب - ان ماهو خطر بطبيعته من الاشياء - عدا الآلات الميكانيكية - قد يبدو نادرا بالنسبة لما هو خطر منها بحسب مايلابسه من ظروف وبدهي ان المشرع يقنن للغالب من الامور لا لما هو نادر منها • وينبئ الواقع على ان خطورة - غير الآلات الميكانيكية - من الاشياء لن يكون غالبا الا بحسب مايقترن به من ظروف وملابسات •

جـ - أن الآلات الميكانيكية وان كانت تتطلب عناية خاصة بمقتضى النص على ذلك الا انها قد لاتكون خطرة بطبيعتها وانما بمقتضى مايحيط بها من ظروف وملابسات بل انها قد لاتكون خطرة على الاطلاق (1)

ومن ثم : فان مايقتضى العناية الخاصة من الاشياء لايقتصر على تلك التى تلازمها الخطورة بحسب طبيعتها وانما يصدق كذلك على ماتبدو خطورته بمقتضى مايحيط به من ظروف •

---

(1) د / محمد كامل مرسى في المرجع السابق ف ١٧١ ص ٣١٣ •
- الاستاذ / حسين عامر في المرجع السابق ف ٧٥٩ ص ٧٧٢

ثانيا : ان المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى قد افصحت عن قصد المقنن حينما نصت على ان " هذا التخصيص قصد به الى قصر الحكم على تلك الاشياء التى تحتاج لحراسة بسبب الخطر الملازم لها "(١)

اذ يفهم من هذا النص ان الحراسة التى يحتاج اليها الشىء بحسب الخطر الملازم له هى التى يحتاج اليها بحسب طبيعته لا بحسب وضع عارض فيه •(٢)

ويبدو ان هذا التخصيص لم يقصد به قصر العناية فى الحراسة على ماكان خطرا من الاشياء بحسب طبيعته ولكنه ينصرف الى حاجة الشىء للحراسة بسبب الخطر الذى قد يصيب الغير بضرة منه وفضلا عن ذلك فان عبارة " الخطر الملازم لها " لايستفاد منها قصر الحكم على الخطر الناتج من طبيعة الشىء وانما هى تصدق كذلك على مايمكن ان يقع من هذه الاخطار نتيجة لظروف الشىء وملابساته ، اذ ليس ثمة مايمنع من وصف الشىء الذى يصبح خطرا بظروفه وملابساته من انه شىء ملازم للخطر وان الخطر ملازم له وذلك منذ اللحظة التى يصبح فيها خطرا والى ان يزول هذا الخطر(٣)

ثالثا : انه ليس ثمة مايدعو لتطبيق حكم المادة ١٧٨ على الاشياء التى لاتلازمها الخطورة الا بحسب مايلابسها من ظروف ، حيث ان خطورة هذه الاشياء انما تنبع من وضعها لا من طبيعتها ومتى نبتت خطورة الشىء من وضعه فانه يسهل نسبة الاهمال فيه الى من قام به ولو من طريق قرائن الاحوال وليس ثمة شك فى ان المسئولية المفترضة لم تشرع لمثل هذه الاحوال التى يسهل فيها اثبات الخطأ (٤)

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية حـ ٢ ص ٤٣٥ •

(٢) د / سليمان مرقس فى الفعل الضار ف ١٦٤ ص ٢١٦ •
ـ د / محمد لبيب شنب فى رسالته ف ٤٩ ص ٦٨ / ٦٩ •

(٣) قرب هذا د /محمد كامل مرسى ، الاستاذ / حسين عامر فى المرجعين والموضعين السابقين •

(٤) د /سليمان مرقس فى الاحكام الخاصة ف ١٨٧ ص ١٧٩ / ١٨٠ وفى الفعل الضار ف ١٦٤ ص ٢١٦ ، د / لبيب شنب فى رسالته ف ٤٩ ، ص ٦٨ / ٦٩ •

والحق ان هذه الحجة لاتبرر إلقاء عبء الاثبات على المدعى فاذ ليس هذا الاثبات سهلا فى كل الاحوال بل انه قد يكون فى بعضها اصعب من اثبات الاهمال فى استعمال الآلات الميكانيكية وخاصة اذا كانت الظروف اوالملابسات التى يوجد فيها الشىء غير ظاهرة .

رابعا: أن تطبيق المعيار الذى يأخذ به انصار الرأى الاول انما يؤدى الى دخول جميع الاشياء فى نطاق تطبيق المادة ١٧٨ اذ ليس ثمة شك فى ان كل شىء قابل لان يصبح خطرا متى وجد فى ظروف أو أحاطت به ملابسات من شأنها ان تجعل حراسته محتاجة الى عناية خاصة — ومن ثم — فان تطبيق ماذهب اليه انصار الرأى الاول انما يقضى على التفرقة التى اوجدها المقنن بين الاشياء من حيث ماهية المسئولية عنها وذلك هو مايستتبع المخالفة الصريحة لروح التشريع ومقاصده واضعوا القانون من عدم اطلاق حكم المسئولية على جميع الاشياء . وذلك فضلا عما يؤدى اليه من اعتبار المادة ١٧٨ متضمنة للقواعد العامة فى المسئولية نظرا لصدور غالبية الاضرار المستوجبة للمسئولية عن اشياء وذلك على الرغم من ان " الواجب ان تكون احكام هذه المادة احتياطية يلجأ اليها حيث تدعو اعتبارات العدالة الى مساءلة اشخاص لم تقع منهم اخطاء وهذه الاعتبارات لاتتطلب المسئولية الا حيث يكون الشخص قد استعمل شيئا خطرا بطبيعته " وبالاضافة الى ذلك فان " فكرة الخطر ليست فكرة نسبية وانما هى فكرة مطلقة تقتضى ان الشىء الخطر يعتبر كذلك فى جميع الحالات وبالنسبة الى جميع الاشياء والاشخاص وبصرف النظر

---

(١) قرب هذا د / محمد كامل مرسى ، الاستاذ / حسين عامر فى المرجعين والموضعين السابقين .

(٢) د / سليمان مرقس فى الاحكام الخاصة ف ١٨٧ ص ١٧٩ ، ١٨٠ وفى الفعل الضار ، ف ١٦٤ ص ٢١٦ ، د / لبيب شنب فى رسالته ف ٤٩ ص ٦٨ ، ٦٩ .

عن كيفية استعمال الشيء وقت حصول الضرر ".[1]

ويبدو لنا ان هذه الحجة تنهض على التسوية المفترضة بين الوضع في القانون المدني المصري واتجاه القضاء الفرنسي في مرحلته الاخيرة[2] وذلك على الرغم من الفروق البينة بينهما في هذا الصدد والتي تتمثل فيما يلي :

أ - ان المسئولية عن الاشياء في ظل القانون المدني المصري تنهض على معيار الشيء الخطر وبالتالي فان الاضرار التي تنشأ عن أشياء لايعبر وضعها عن خطورتها انما تخرج من نطاق هذه المسئولية •

وذلك خلافا لما هو عليه الحال في القانون المدني الفرنسي حيث تقوم المسئولية عن الاشياء في ظله على اساس الضرر الحاصل من الشيء حتى وان لم يكن وضعه معبرا عن خطورته •

ب - ان المسئولية عن الاشياء في ظل القانون المدني المصري تعتبر استثناءا من القواعد العامة في المسئولية اذ هي لاتثور الا بمناسبة استعمال اشياء خطرة بطبيعتها او بظروفها وملابساتها •

وذلك خلافا لما استقر عليه الامر أخيرا في القانون المدني الفرنسي من أن المسئولية عن الأشياء تعتبر قاعدة عامة تثور بمناسبة إستعمال الشيء سواء كان خطرا أم لم يكن كذلك •

جـ - ان عبء اثبات خطورة الشيء بحسب طبيعته أو بحسب ظروفه يقع على عاتق المدعي في ظل القانون المدني المصري وذلك خلافا لما استقر عليه الامر في فرنسا من ان المدعي لايقع على عاتقه شيء من ذلك •

---

(١) د / لبيب شنب في رسالته - ف ٤٩ ص ٧٠ •
- الاستاذ / وديع فرج في الالتزامات دروس لطلبة الليسانس في العام الدراسي ٤٩ / ١٩٤٩ ص ٤٠٥ اشار اليه الاستاذ لبيب شنب في المرجع السابق ف ١٩ ص ٧٠ هامش ٢/
- د / سليمان مرقس في الفعل الضار ط ٢ ف ١٦٤ ص ٢١٦ •
- د / محمد نصر رفاعي في رسالته السابقة ط ١٩٧٨ ف ٥٢٩ ص ٦٧٢ •

(٢) يرى الاستاذ الدكتور السنهوري رأيا قريبا من ذلك الوسيط حـ ١ ، ف ٧٣١ ص ١٢٣٨ •

وخلاصة القـــــول :

ان اصحاب هذا الاتجاه الاخير يرون ان المعيار الذى يجب ان يعتــد بـــه لبيان ما اذا كانت حراسة الشئ تتطلب عناية خاصة أم لا انما هو معيـــار يقوم على اساس موضوعى فقط لاعلاقة له بالضرر الواقع ولا بالظروف التى احاطت به ومن ثم فانه يجب النظر الى ذات الشئ لا الى كيفية استعماله وقت حصول الضرر كما انه لايعتد بظروف الحادث لتقرير ما اذا كان الشئ خطرا او غير خطر وانمـا يجب اثبات خطورة الشئ بحسب ماتنبئ عنه طبيعته .

ولقد رأينا كيف ان الادلة التى قام عليها هذا الرأى لاتساند دعـــواه ومن ثم فانه يبدو لنا رجحان ماذهب اليه انصار الاتجاه الاول مستندين فـــى ذلك الى مايلى :

اولا : ان القول بقصر الحكم المادة ١٧٨ على مايكون خطرا من الاشياء بحسب طبيعته انما هو تخصيص لعموم النص دون قيد يدل عليه من لفظ او وضوح قصد من المشرع ، حيث إن عبارة النص قد جرت على أن " كل من تولـــى حراسة اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة ... " وليس فى هـــذا النص مايشير الى تخصيص تلك الاشياء الا بكونها تتطلب عناية خاصـــة فى حراستها ، وكما يصدق تطلب العناية الخاصة فى الحراسة علـــى الاشياء الخطرة بطبيعتها فانه يصدق كذلك على تلك التى يحوطهـــا الخطر بمقتضى مايحيط بها من ظروف وملابسات .

والقول بغير ذلك فيما نرجح يعتبر تخصيصا لعمومية النـص دون مادليل يدل عليه .

ثانيا : أن بعضا من انصار هذا الاتجاه الاخير قد نعى محاولة جانب من الفقـه الفرنسى [1] تحديد الاشياء الخطرة بطبيعتها عن طريق وضع قائمـــة بالاشياء الخطرة حينما رأى ان ذلك لايساعد على استقرار الاحكـــام وتوحيدها فى الفترة السابقة على وضع هذه القائمة بواسطة المحكمـــة

(١) وهى المحاولة التى نادى بها الاستاذ /بيير فى كتابه القاعدة الخلقية فى الالتزامات المرجع الموضـع السابق .

العليا وذلك فضلا عن ان وضع قائمة ثابتة لهذه الاشياء بحيث تلــتزم بها المحاكم فى جميع الحالات انما هو أمر يخرج عن نطاق وظيفة محكمة النقض التى تراقب تطبيق القانون فى الحالات الفردية المعروضة عليهــا دون ان تتعدى ذلك الى وضع قواعد عامة ، كما ان هذه القائمـــة ان كانت ثابتة لايصح التغيير او التبديل فيها فانها تؤدى الى ان يقف التشريع جامدا ازاء التطورات العلمية والصناعية السريعة التى يشهدهـا العالم فى العصر الحديث وان أجيز التغيير والتبديل فيها كان ذلــك مدعاة لبلبلة الافكار وعدم الاستقرار وميدانا لتحكم القضاء ، واقـــترح صاحب هذا الرأى تبعا لذلك وضع معيارين آخرين يمكن للقاضى عـــن طريقهما معرفة الاشياء الخطرة وهما الاستعانة بالاحصاءات المختلفــة والرجوع الى الرأى العام (1)

بيد ان الرجوع الى الاحصاءات لتحديد قائمة بالاشياء الخطرة بطبيعتها الى ماانتهاه صاحب هذا الرأى من قبل على تلك المحاولة التى نـــادى بها جانب من الفقه الفرنسى ، وذلك فضلا عن ان الرجوع الى الرأى العـــام لايمكن ان يكون معيارا منضبطا تتوحد من خلاله احكام القضاء .

وتجدر الاشارة اخيرا : الى ان المعيار التى نص عليه المقنن بالنسبـة للاشياء الخطرة انما هو معيار مرن يتيح للقضاء الاجتهاد للبت فيما يعتبر مـــن ضمن هذه الاشياء كلما تطلبت حراسته بذل عناية خاصة وذلك خلافا للنص الذى يقضى بخضوع الآلات الميكانيكية لتلك المسئولية ـ كما سنرى ـ حيث انه وضـــع قاعدة عامة يطبق فيها النص بحذافيره ولامجال فيها للاجتهاد الا فى مسائـــل الواقـــع .

رقابة محكمة النقـض :

لقد انعقدت كلمة الفقه على انه لارقابة لمحكمة النقض على ماتقرره محكمـة الموضوع بشأن ذاتية الشئ الذى أحدث الضرر كما اذا قرر القاضى ان الضـرر قد حدث بسبب انفجار لغم او تسرب غاز ... الخ اذ ان ذلك امر يتعلـــق بالوقائع المادية التى لاشأن للمحكمة العليا بها .

---

(1) د / محمد لبيب شنب فى رسالته ـ المرجع السابق ف ٥٢ ص ٧١ / ٧٢

اما فيما يتعلق بوصف الشيء الذى احدث الضرر بانه من الاشياء التى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها او انه ليس من ضمن هذه الاشياء فيرى جانب من الفقه ان الامر فى هذه الحالة يعتبر من قبيل التكييف الذى يخضع لرقابة المحكمة العليا وذلك نظرا لتعلق الامر بتفسير عبارات المادة ١٧٨ ومن ثم فهى مسألة قانونية لاتتعلق بالوقائع وبالتالى فانه يتعين على محكمة الموضوع أن تبين فى حكمها ان الشيء الذى احدث الضرر يحتاج الى عناية خاصة للوقاية من ضرره والا كان حكمها مشوبا بالقصور فى التسبيب(١)

---

(١) د / سليمان مرقس فى الفعل الضار ف ١٦٤ ص ٢١٧ .
ـ د / محمد لبيب شنب فى رسالته ف ٥٥ ص ٧٥ .
ـ د / عبد الحى حجازى فى الالتزامات ـ المرجع السابق حـ ٢ ص ٥٠٢ .
ـ د / عبد المنعم فرج الصدة فى مصادر الالتزام دراسة مقارنة فى القانون اللبنانى والقانون المصرى ط ١٩٧١ ، دار الفكر العربى ، ف ٥٥٤ ، ص ٧٠٣ .

وانظر عكس ذلك د / حشمت ابو ستيت فى مصادر الالتزام ف ٥٥٧ ص ٥٥٤ حيث يرى " ان تقدير ما اذا كان الشيء يحتاج الى عناية خاصة او لا مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع وان لزمه ان يبين فى حكمه اسباب رأيه والا شاب الحكم قصور فى التسبيب وتعرض للنقض " .

وانظر فى نفس هذا الاتجاه الاستاذ / حسين عامر فى المسئولية ف ٧٦٠ ص ٧٧٢ .

الفصل الثاني
الآلات الميكانيكية

لم يعن نص المادة ١٧٨ مدني بتعريف الالة الميكانيكية او تحديد مضمونها وكان على الفقه ازاء ذلك ان يحدد المقصود بتلك الآلة .

ومن خلال ما اورده الفقه في هذا الصدد يمكن القول بان الآلة الميكانيكية هي ذلك الجسم الصلب المزود بمحرك او بقوة دافعة ـ عدا قوة الانسان والحيوان ـ والتي يتمثل الغرض منها في تحويل عمل الى عمل آخر (١) او تحويل شيء الى شيء آخر ويستوى بعد ذلك ان تكون القوة الدافعة لتلك الآلة متمثلة في بخار أو كهرباء أو بترول او مياه او هواء وذلك دون نظر الى نوعية الغرض من استعمالها أو الى المواد المصنوعة منها او الى الشكل التي تظهر فيه (٢)

---

(١) د / محمد لبيب شنب في رسالته ف ٣٦ ص ٥٤ ، ٥٥ .

(٢) د /السنهوري في الوسيط حـ ١ ف ٧٢٧ ص ١٢٣١ .

- د / عبد المنعم فرج الصدة في المرجع السابق ف ٥٥٤ ص ٧٠٣ .
- د / محمد لبيب شنب في المرجع والموضع السابق .
- د / سليمان مرقص في الاحكام الخاصة ف ١٨٧ ص ٧٨ .
- د / محمد كامل مرسي في شرح القانون المدني الجديد الالتزامات الجزء الثاني ط ١٩٥٥ ف ١٧١ ص ٣١٤ .
- د / محمود جمال الدين زكي في الوجيز في نظرته الالتزام ط ١٩٧٦ حـ ١ ف ٣٠٥ ص ٥٠٥ .
- د / عبد الرازق حسن فرج في المرجع والموضع السابق .
- د / محمد نصر رفاعي في رسالته ف ٨٣ ص ١٤٥ .
- د / حشمت ابو ستيت في المرجع السابق ف ٥٥٧ ص ٥١٤ .

ويجب ان يلاحظ ان الآلات التي تدار بقوة الانسان او بقوة الحيوان وان كانت لاتدخل في دائرة الآلات الميكانيكية الا انها يمكن ان تدخل في نطاق الاشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة للوقاية من ضررها متى كانت الخطورة ملازمة لطبيعتها او بحسب مايحيط بها من ظروف او ملابسات .

كما يستوى كذلك ان تكون تلك الالة من المنقولات او من العقارات لورود النص بصددها بلفظ عام ومن ثم فان قصر مفهوم الآلة على ماكان منها من المنقولات انما هو تخصيص لعموم النص دون مادليل يدل عليه ، اذ لو انصرف قصد المقنن الى ذلك التخصيص لافصح عنه كما افصح عن ذلك بصدد الاضرار الناشئة عن المباني حيث لاتتحقق المسئولية عنها الا اذا نشأ الضرر عن تهدم العقارات المبنية وفق مانصت عليه المادة ١٧٦ مدنى وبالتالي فهى لاتنطبق على كل العقارات ولا على كل الاضرار الناجمة عن البناء (١)

وفضلا عما تقدم فانه لا اهمية لهذا التقسيم بصدد المسئولية عن الاشياء وهى التى لايستسيغ العقل اختلاف الاحكام بصددها باختلاف ما اذا كان سبب الضرر منقولا أو عقارا .

ويفصح نص المادة ١٧٨ مدنى عن ان المقنن لم يشترط فى الآلات الميكانيكية ما اشترطه فى غيرها من الاشياء من تطلب العناية الخاصة فى حراستها حيث افترض النص فرضا غير قابل لاثبات العكس حاجة تلك الآلات الى العناية الخاصة فى حراستها نظرا لطبيعتها ولما ركب فيها من محرك ذاتى ومن ثم فانه متى ثبت لمحكمة الموضوع ان الضرر قد نشأ عن آلة ميكانيكية فانه

---

(١) د / محمد لبيب شنب فى رسالته ف ٢٧ ص ٥٦ .
- د / السنهورى فى الوسيط جـ ١ ف ٧٢٢ ص ١٢١٣ .
- د / محمد كامل مرسى ـ فى المرجع السابق ، ط ١٩٥٥ ، ف ١٧١ ص ٣١٤ .
- د / ابو اليزيد على المتيت فى مقاله " المسئولية المدنية عن حوادث المصاعد الكهربائية ـ مجلة المحاماة ، السنة ٣٨ ع ٢ ص ٢٥٨ .
- د / محمد نصر رفاعى فى رسالته السابقة ف ٥٥ ص ١٠٦ .
- د / جمال الدين زكى ـ فى المرجع السابق ، ف ٣٠٥ ، ص ٥٥٥ ط ١٩٧٦ .
- د / بدر جاسم فى رسالته السابقه ص ٣٣ ومابعدها .

لامحيص عن تطبيق ماتقضى به المادة ١٧٨ [(١)]

وبالتالى فانه لايجوز للقاضى ان يستبعد حكم تلك المادة بدعوى ان الآلة التى احدثت الضرر ليست خطرة او انها لاتتطلب فى حراستها بذل عناية خاصة للوقاية من ضررها [(٢)] وذلك فضلا عن ان تقدير ما اذا كان الشيء الذى احدث الضرر يدخل ضمن طائفة الآلات الميكانيكية اولا انما هو من قبيل المسائل القانونية التى يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض وذلك نظرا لتعلق الامر بشروط المسئولية عن الاشياء .

ومن ثم فانه يجب على محكمة الموضوع ان تصف فى حكمها الشيء الذى أحدث الضرر بانه آلة ميكانيكية .

أما فيما يتعلق بنسبة الضرر الى شيء دون آخر فان ذلك يعتبر من قبيل مسائل الواقع التى يستقل قاضى الموضوع بالقول الفصل فيها دون معقب عليه [(٣)]

ولقد أورد الفقه الكثير من التطبيقات لما يعتبر من قبيل الآلات الميكانيكية ومن امثلة ذلك السيارات والدراجات البخارية والقاطرات الكهربائية والبخارية والطائرات والمصاعد الكهربائية والآلات الصناعية والزراعية [(٤)]

---

(١) د / حسن عكوش فى المسئولية العقدية والتقصيرية فى القانون المدنى الجديد دار الفكر الحديث ط ١٩٧٣ ف ٢١٢ ص ٤٤٧ .
— د / انور سلطان فى النظرية العامة للالتزام حـ١ مصادر الالتزام ط ١٩٦٢ ف ٥٦٧ ص ٦٢١ .
— د / حشمت أبو ستيت فى المرجع السابق ط ١٩٦٣ ف ٥٥٧ ص ٥١٣ .

(٢) د / سليمان مرقس فى الفعل الضار ط ٢ ١٩٥٦ ف ١٦٤ ص ٢١٧ .
والاحكام الخاصة ف ١٨٧ ص ١٧٨ .

(٣) د / سليمان مرقس فى الفعل الضار — الموضع السابق .
— د / محمد لبيب شنب فى رسالته ف ٤٧ ص ٦٥ .
— د / محمد نصر رفاعى فى رسالته ف ٨٥ ص ١٥١ .

(٤) انظر فى تفصيل ذلك :
— د / لبيب شنب فى رسالته من ص ٥٤ الى ٦٥ المرجع السابق
— د / بدر جاسم فى رسالته ص ٣٣ ومابعدها المرجع السابق
— د / محمد نصر رفاعى فى رسالته ص ١٤٥ ومابعدها المرجع السابق

الفصل الثالث
موقف الفقه الاسلامي من تحديد الاشياء التي تكون محلا للحراسة

تفصح مراجعة النصوص التي سبق ان أشرنا اليها بمناسبة الحديث عن مدى مشروعية المسئولية عن اضرار الاشياء الجامدة في الفقه الاسلامي (١) انها قد نصت على بعض الاشياء التي تمثل خطورة بحسب طبيعتها كالنار والسيوف والآلات الحادة كما انها نصت على بعض الاشياء التي تمثل خطورة بحسب مايلازمها من ظروف لابحسب طبيعتها ٠

ومع ذلك فانه لايمكن القول بان الفقه الاسلامي قد فرق في هذا الصدد بين الاشياء الخطرة والاشياء غير الخطرة حيث ان ماتحدثه الاشياء من ضرر انما ينسب مباشرة الى واضع اليد على الشيء باعتباره مباشرا في احداث هذا الضرر أو متسببا فيه - كما سنرى فيما بعد ان شاء الله تعالى ٠ لان الشيء ليس سوى آلة في يد الشخص فهو يستعمله ويتصرف فيه كيفما شاء ٠

ومن ثم فانه لا اهمية تبدو عندئذ لطبيعة الشيء من حيث كونه خطرا او غير خطر ٠

وان كنا مع ذلك نلمح من خلال هذه النصوص وغيرها ان الفقه الاسلامي قد شدد من واجب صاحب اليد على الشيء الخطر حينما اوجب عليه ضرورة التحرز وعدم التقصير في المحافظة عليه حتى لايتسبب في الاضرار بالغير ٠

ومما يروى في هذا الصدد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بقوم في مجلس يسلون سيفا يتعاطونه فيما بينهم غير مغمود فقال النبي صلى الله عليه وسلم ألم أزجر عن هذا ؟ اذا سل احدكم السيف فليغمده ثم ليعطه أخاه " (٢)

---

(١) انظر بحث " مدى مشروعية المسئولية عن حراسة الاشياء في الفقه الاسلامي "

(٢) مجمع الزوائد للهيثمي حـ ٧ ص ٢٩٠ باب النهي عن تعاطي السيف مسلولا

(٣) انظر صحيح مسلم حـ ٤ حديث رقم ١٢٤ - وفتح الباري بشرح صحيح البخاري ط ١٣٩١ المطبعة الخيرية حـ ١ ص ٣٦٨ - واللفظ لمسلم ٠

وماروى عن ابي موسى الاشعرى رضى الله عنه قال / قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من مر فى شىء من مساجدنا او اسواقنا فليمسك او قال فليقبض على نصالها بكفه ان يصيب احدا من المسلين منها بشىء (١)

وذلك فضلا عن ان بعض المذاهب الفقهية قد رأت تضمين الضرر الناتج عن بعض الاشياء التى يمكن وصفها بالخطورة دون حاجة الى اثبات نسبة الخطأ الى ذى اليد عليها .

حيث يرى الحنابله تضمين من أجج نارا بمكان مغصوب سواء فرط أو لم يفرط متى ترتب على ذلك ضرة بالغير (٢)

ومن قبيل ذلك مارآه الشافعية والحنابلة والزيدية والامامية بصدد حديثهم عن جناية الحيوان من ضرورة التفرقة بين الحيوان الخطر وغير الخطر اذ انهم أفتوا بتضمين ذى اليد على الاول لما ينشأ عنه من اضرار فى اى وقت متى ثبت التقصير فى حفظه وذلك بخلاف الحيوان غير الخطر حيث لايضمن ماينشأ عنها من اضرار الا فى اوقات معينة (٣)

وعلى كل فان مسلك القانون المدنى الفرنسى كان اقرب الى الفقه الاسلامى حيث لم يفرق الاول بصدد تلك المسئولية بين الاشياء الخطرة والاشياء غير الخطرة فى المرحلة الاخيرة من مراحل تطوره .

وذلك هو ماتفصح عنه نصوص الفقه الاسلامى التى سبق ان اشرنا الى طرف منها (٤)

---

(١) انظر صحيح مسلم حـ ٤ حديث رقم ١٢٤ - وفتح البارى بصرح صحيح البخارى ط ١٣٩١ المطبعة الخيرية حـ ١ ص ٣٦٨ - واللفظ لمسلم .

(٢) منتهى الارادات حـ ٢ ص ٤٢٦ ، ٤٢٧ .

(٣) انظر فى ذلك المهذب حـ ٢ ص ٢٤٣

(٤) المغنى حـ ٨ ص ٣٣٨ .

البحر الزخار حـ ٥ ص ٢٠٧ .

الروضة البهية حـ ٢ ص ٤٢٦ ، ٦٦ .

الباب الثالث

الترابط السببي بين الشيء وبين الضرر

تمهيد :

يفترض الترابط السببي بين فعل الشيء وحدوث الضرر ضرورة تدخل الاول في تحقيق الثاني ، ولابد ان يكون هذا التدخل ايجابيا حتى يصح القول بنسبة الضرر الى الشيء ولكن ماهو المعيار الذي يصح القول مع وجوده بتحقق هذا التدخل الايجابي ثم ماهي الصور التي يمكن ان يتحقق فيها وجوده ؟

وقد تتعدد الاسباب او الاشياء المتدخلة في احداث الضرر وآنذاك لابد من تعيين مايكون منها مرتبطا بالحادث سببيا وبالتالي يكون مولدا للضرر أو مساهما في حصوله ، بيد أن تعيين السبب المولد للضرر لابد ان يعتمد على معيار يصح معه القول بتوافر رابطة السببية بين فعل الشيء وبين تحقق الضرر ويقتضي ذلك بالضرورة استعراض النظريات التي عرضها الفقه حلا لتلك المسألة ، ولاريب ان تعدد الاسباب المحدثة للضرر لايختلط بتعاقب النتائج الضارة اذ تعني تلك الحالة الاخيرة تسلسل النتائج انطلاقا من الفعل الاصلي وأثره ، اذ يؤدي الفعل الى نتيجة تتبعها اخرى متميزة عنها نتيجة لما توافر لذلك من الظروف .

واخيرا فانه لابد من اثبات علاقة السببية بين الشيء والضرر حتى يستأهل حارس الاول المسئولية عما يحدثه من ضرر .

ومن ثم فان الدراسة في هذا الباب تتوزع على فصول ثلاثة :

الفصل الاول : في لزوم التدخل الايجابي ومعياره وصوره .

الفصل الثاني : في تعدد الاسباب المحدثة للضرر وتسلسله .

الفصل الثالث : في اثبات وقوع الضرر ونسبته الى الشيء .

الفصل الاول
لزوم التدخل الايجابي ومعياره وصور

المبحث الاول
لزوم التدخل الايجابي ومعياره وصوره في الفقه والقانون المدني

المطلب الاول
لزوم التدخل الايجابي لتحقق رابطة السببية

يفصح نص المادة ١٧٨ مدني عن ضرورة حصول الضرر بفعل الشيء حيث لا قيام للمسئولية عن الاشياء الا بتدخل من هذا الشيء في احداث هذا الضرر اذ لو انعدم هذا التدخل لادى ذلك الى انتفاء رابطة السببية بين الشيء وبين تحقق الضرر . وذلك هو مايستتبع بدوره انتفاء المسئولية في تلك الحالة ومن ثم فانه لو أصيب أحد المارة بضرر نتيجة سقوطه وهو يعبر الطريق وتصادف مرور سيارة على مقربة منه فانه لايمكن القول بان مرد وقوعه الى فعل السيارة اذ لم يقم دليل على انها كانت بذاتها او بصوت غير مألوف صدر عنها كانت هي العامل الذي سبب الوقوع الذي تحقق نتيجة تعثر المضرور في سيره . ولكن هل يمكن للمسئولية ان تقوم بأي تدخل من الشيء في إحداث الضرر أم انه تدخل من نوع خاص ؟

ويجيبا الفقه بحتمية تحقق التدخل الإيجابي للشيء في إحداث الضرر ويتحقق هذا التدخل الايجابي كلما كان الشيء هو العامل المحدث للضرر او المشارك في إحداثه [1] اما حيث ينتفي عن الشيء هذا الدور فان تدخله

---

(١) د / السنهوري في الوسيط جـ ١ ف ٧٢٨ ص ١٢٣٢ .
- د / عبد المنعم الصدة في المرجع السابق ف ٥٥٥ ص ٧٠٤ .
ولا ريب ان القول بتحقق التدخل الايجابي للشيء انما يتفق والقواعد العامة التي تلقي بعبء الاثبات على من يدعي خلاف الظاهر والظاهر في تلك الحالة ان الشيء هو السبب المنتج للضرر وبالتالي فانه يقع على عاتق حارسه عبء اثبات خلافه .
- د / لبيب شنب في رسالته ف ١٣٨ ص ١٦٣ .
- د / محمد نصر رفاعي في رسالته ف ٤٣٠ ص ٥٤٥ .

يكون سلبيا وهو مالايرتب تحقق رابطة السببية بين الشيء وبين الضرر .

وتبرز اهم مظاهر الدور السلبي لتدخل الشيء في تلك الحالات التي يكون فيها الشيء هو الذى تلقى الصدمة من غير ان يكون له شأن في وقوعها كما لو اصطدمت سيارة باخرى كانت واقفة في المكان المعد لوقوفها فاصاب الاولى من ذلك ضرر وكما لو ارتطم شخص بشجرة ثابتة في مكانها فاستتبع ذلك ضرر حاق به (١)

فمع ان الشيء في مثل هذه الحالات قد تدخل في احداث الضرر الا انه تدخل لايكفي لتحقق رابطة السببية بين الشيء وبين الضرر لكونه تدخلا سلبيا (٢)

---

(١) د / عبد الرازق حسن فرج في المرجع والموضع السابق ف ١٨٢ .

(٢) د / السنهوري في المرجع والموضع السابق ـ د / حشمت ابو ستيت في المرجع السابق ف ٥٥٥ /١ ص ٥١٠ ـ د / لبيب شنب في رسالته ف ١٣١ ص ١٥٢ ـ د / عبد المنعم الصدة في المرجع والموضع السابق د / انور سلطان في المرجع السابق ف ٥٦٩ ص ٦٢٢ /٦٢٣ ـ دكتور / سليمان مرقس في الاحكام الخاصة ف ١٨٨ ص ١٨١ ـ د / عبد الحي حجازى في المرجع السابق ص٥٤٦ ، د / اسماعيل غانم في النظرية العامة للالتزام ف ٢٥٩ ص ٤٥٣ ، د / ابراهيم الدسوقي في رسالته الاعفاء من المسئولية عن حوادث السيارات ط ١٩٧٥ ف ٣٣١ ص ٤٩٧ د / توفيق حسين فرج في النظرية العامة للالتزام ص ٣٨٦ ـ د / جميل الشرقاوى ص ٤٩٦ ـ د / محمد نصر رفاعي في رسالته ف ٤٣٠ ص ٥٤٤ /٥٤٥ ـ د / عاطف النقيب في المرجع السابق ص ١٤٤ ومابعدها وانظر في الفقه الفرنسي :

- هنرى مازو في القانون المدني مع التعمق ص ١٩٠ اشار اليه د / ابراهيم الدسوقي في الموضع السابق .
- سافاتيه في المسئولية حـ ١ ف ٢٧٩ ص ٣٥٣ ، رودبير في المسئولية ف ١٥٢٠ ومابعدها .
- وانظر نقض مدني فرنسي في ١٩٤٥/١/٢٣ دالوز ١٩٤٥ ـ ٣١٧ ـ حيث جاء فيه :

وعلى الرغم من ان جمهور الفقه قد جرى بحق على التفرقة بين التدخـل الايجابى والتدخل السلبى على النحو السابق بيانه الا ان جانبا من الفقـــه قد ذهب الى القول بوجوب نبذ هذه التفرقة فى نطاق المادة ١٧٨ مدنى مصرى وذلك نظرا لانه مادام الشئ خطرا بطبيعته او بحسب الظروف المحيطة بـــه فان الضرر يعتبر فى كل الاحوال راجعا اليه متى ثبت تدخله فى احداث الضـرر وذلك الى ان يقيم حارسه الدليل على رجوع الضرر الى سبب اجنبى لايد له فيه وذلك فضلا عن ان هذه التفرقة وان صحت فى ظل القانون المدنى الفرنســـى نظرا لانطباق المادة ١/١٣٨٤ على جميع الاشياء الا انه لايجوز القول بهــا فى ظل المادة ١٧٨ مدنى مصرى حيث يقتصر نطاق تطبيقها على الاشيـــاء الخطرة فقط وهى لذلك تعتبر حتما السبب المنشئ للضرر متى اقيم الدليـل

---

vui article 1384 alin 1" du code civil, attendu que pour " application de ce. texte chose incriminee doit ette la cause du dommage, que sielle est presumee en etre la cause. generatrice des lors qu elle est intervenue dans sa realisation cette presomption est detruite par la preuve que la chose inerte ou. non n'a joue qu un role passif et aseulement subi i'action erangere. generatrice du dommage"

وفى ذلك تقول محكمة النقض المصرية " يشترط لتحقق مسئولية حـارس الاشياء المقررة فى المادة ١٧٨ من القانون المدنى ان يقع الضـرر بفعل الشئ مما يقتضـى تدخل الشئ تدخـلا ايجابيا فى احـداث الضرر ..... " نقض مدنى مصرى فى ١٩٦٤/٢/٢٠ مجموعـة احكام النقض س ١٥ ص ٢٤٠ .

على مجرد تدخل الشيء في حدوثه ، وبالاضافة الى ذلك فان التفرقة بين التدخل الايجابي والتدخل السلبي في ظل القانون المدني الفرنسي انما كان يمثل آخر فكرة لحصر قرينة الخطأ المفترض في حدود معقولة ومنعها من استغراق المادة ١٣٨٢ التي تقيم المسئولية على اساس الخطأ الثابت والامر على خلاف ذلك في القانون المدني المصري ومن ثم " فانه يتعين القول بان الضرر يرجع دائما الى التدخل الايجابي للشيء في حدوث الضرر " (١)

وذلك هو ما اتجه اليه القضاء الفرنسي اخيرا حينما انكر التفرقة بين التدخل الايجابي والتدخل السلبي في نطاق الاشياء المتحركة كالسيارات والمصاعد الكهربائية والسلم المتحرك واعتبر ان هذه الاشياء تكون دائما السبب المنشيء للضرر حتى ولو كانت في وضع عادي من كل الوجوه ولذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بان " السلم المتحرك ولو كان وقت وقوع الحادث مطابقا لقواعد السلامة المطلوبة وكان سيره عاديا فان الجهاز بذاته يمثل خطرا معينا أو يتضمن على الاقل احتمال ضرر للاطفال على الخصوص وتفترض من ثم مسئولية حارسه الذي يستطيع دحض قرينة المسئولية كليا او جزئيا باثبات سبب اجنبي لا يد له فيه " (٢)

ويبدو لنا ان ماذهب اليه جمهور الفقه المصري هو الاولى بالقبول والأحق بالتأييد وذلك لما يلي :

اولا : لان هذا الرأي ينطلق مما يراه جانب من الفقه الفرنسي من ان التدخل السلبي لايعدو أن يكون في جوهره سببا أجنبيا (٣)

---

(١) محمود جمال الدين زكي في الوجيز نظرية الالتزام — المرجع السابق ط٢ ف ٣١٦ ص ٦٦٠ .

(٢) انظر نقض مدني فرنسي " الغرفة الثانية " في ١٩٧٣/٢/٢١ ، الاسبوع القانوني ١٩٧٤ — ٢ — ١٧٨١٠ .

(٣) انظر في هذا الاتجاه / رودييو في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٤٦ ص ١٢١ ويلتقي تانك مع رودييو فيما ذهب اليه من ان الدور السلبي للشيء يستوي في طبيعته مع السبب الاجنبي .

الا اننا نرى مع جمهور الفقه ان الدور السلبي يختلف كل الاختلاف عن السبب الاجنبي . وآية ذلك : ان المقصود من اثبات عدم التدخل الايجابي انما هو هدم علاقة السببية بين الشيء وبين تحقق الضرر ، اما المقصود من السبب الاجنبي فهو هدم علاقة السببية بين نشاط الحارس والضرر ومن ثم فان البحث عن الدور السلبي ينحصر في نطاق التحقق من فعل الشيء واثره وذلك بهدف الوقوف على مدى الصلة بين الضرر وبين الشيء ، وذلك بخلاف السبب الاجنبي الذي يستهدف البحث عنه التثبت من مدى الصلة بين الضرر ونشاط الحارس توصلا الى الاعفاء من المسئولية .

وقد يسفر هذا التثبت عن وجود صلة بين الشيء وبين الضرر وقد لا يسفر عن ذلك وفي هذه الحالة الاخيرة فانه يجب التوقف عند هذا الحد لاقراره وذلك دون حاجة الى التحري عن سبب اجنبي للاعفاء من المسئولية ويستتبع ذلك امكانية نفي التبعة عن الحارس دون حاجة الى البحث عن عامل خارجي لا طائل من البحث عنه .

ومن ثم : فان البحث عن مدى الصلة بين الضرر والشيء انما يمثل مرحلة سابقة على البحث عن مدى توافر السبب الاجنبي وذلك هو ما يفضي الى القول بان الدور السلبي لا يختلط بالسبب الاجنبي [(١)]

ثانيا : ان الواقع قد ينطوي على بعض الحالات التي يكون فيها من الاسهل على الحارس نفي الصلة السببية بين الضرر وبين الشيء وذلك دون حاجة الى البحث عن سبب اجنبي للاعفاء من المسئولية وبخاصة عندما يتعذر اثبات هذا السبب كما لو اتضح ان الشيء في ظروفه لم يكن طبقا للمجرى العادي للامور ـ ان يؤلف المصدر المولد للضرر ، اذ يصح في هذه

---

(١) د / ابراهيم الدسوقي في رسالته السابقة ف ٣٣٥ ص ٥٠٣ .
- د / عاطف النقيب في المرجع السابق ص ٤٨ ، ١٤٩ .
- وانظر كذلك : بلانيول وريبير واسمان في المرجع السابق حـ ٦ ط ٢ ، ف ٦٢٠ / ٢ ص ٨٧٣ .
- اوبري ورو واسمان في المرجع السابق حـ ٢ ط ٦ ف ٤٤٨ ص ٦١٢ .
- تونك في المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٤٦ ـ ١٧١ .

الحالة الاقتصار على اثبات الدور السلبي للشئ توصلا لعدم تحمل التبعة ومن ثم فان الدور السلبي بذلك يكون قد وفر وسيلة لاعفاء الحارس خارج نطاق العناصر التقليدية للقوة القهرية ولا يجوز حرمانه من ذلك دون مبرر والا كان في ذلك اخلال بالعدالة (١)

ثالثا : أن الفقه مجمع على امكان دحض دعوى التدخل الايجابي للشئ باثبات نقيضه وهو التدخل السلبي . فكيف اذن تنبذ التفرقة بينهما .

رابعا : أن استقصاء الدور السلبي قد يوفر من العناصر مايمكن ان يشير الى السبب الاجنبي فتثبته او تنضم الى غيرها لاثباته .

خامسا : ان القول بهذا الرأى يناقض ما استقر عليه قضاء النقض المصرى من أنه " يشترط لتحقق مسئولية حارس الاشياء المقررة في المادة ١٧٨ من القانون المدني ان يقع الضرر بفعل الشئ مما يقتضى ان يتدخل الشئ تدخلا ايجابيا في احداثه ..... " (٢)

وتجدر الاشارة اخيرا الى ان ثبوت التصرف الخاطئ في جانب الحارس لايستتبع بالضرورة تحقق الدور الايجابي للشئ في احداث الضرر . اذ قد يكون الحارس مخطئا ومع ذلك يكون دور الشئ في احداث الضرر دور سلبي مادام قد ثبت ان الضرر لايرجع الى فعل الشئ وانما يرتد الى مصدر آخر كان هو العامل المنتج لذلك الضرر . كما لو خالف السائق خط السير المخصص لاتجاهه فتعلق صبي بمؤخرة سيارته فافلتت يد الصبي وسقط مصابا بضرر جسدى . فلاشك أن السيارة في هذه الحالة لم يكن لها دور مولد في احداث الضرر طبقا للمجرى

---

(١) د / عاطف النقيب في المرجع السابق .

(٢) نقض مدني السابق الاشارة اليه .

— وانظر مقارنة الدور السلبي بالسبب الاجنبي تفصيلا د / ابراهيم الدسوقي في رسالته السابقة ص ٥٧٤ الى ٥٨١ .

العادى للامور ، اذ يظل العامل المنتج للضرر راجعا الى تقصير الولـــــد باندفاعه وراء السيـــارة ولامحل للقول فى تلك الحالة بانه لولا سير السيـــارة على الشكل المخالف لما تعلق بها الصبى ولما لقى تلك النتيجة الضارة ، اذ أن العبرة هى فى ابراز السبب المنتج للحادث من بين اسباب اخرى احاطت بـــه دون ان يكون له دور فاعل فيه (١)

(١) د / عاطف النقيب فى الموجز السابق ص ١٥٠ .

المطلب الثانـــي
معيار تحقق التدخل الايجابـي وصوره

الفرع الاول
معيار تحقق التدخل الايجابـــي

لقد اشرنا من قبل الى حتميـة الترابط السببى بين فعل الشئ وبـين حدوث الضرر حتى تقوم المسئولية عن اضرار الاشياء بمعنى انه يجب ان يكـون الشئ هو السبب المنتج او المولدلتلك الاضرار ، وانتهينا الى ان السببية هنـا لابد ان تتمثل فى تدخل ايجابى من الشئ حتى يمكن القول بنسبة الضـرر الى فعلـه .

ولكن متى يكون تدخل الشئ ايجابيا حتى يصدق عليه انه السبب فـى ترتيب تلك النتيجة ؟

لقد برز فى الفقه والقضاء نظريتان لتحديد الظرف الذى يحقق توافـره التدخل الايجابى للشئ وهما نظرية الشئ الساكن والشئ المتحرك ونظريـة الوضع الشاذ ونعرض لهاتين النظريتين بالكلمة التالية :

اولا : نظرية الشئ الساكن والشئ المتحرك .

تقوم هذه النظرية على اساس ان التدخل يكون ايجابيا كلما كان الشـئ متحركا وقت حدوث الضرر - او هو على الاقل كان فى موضع حركة ، اما اذا كان الشئ ساكنا فانه لايمكن ان ينتج عنه ضرر اذ لايمكن ان يكون تدخلـه الاسلبيا وهو مالاتتوافر به رابطة السببية بين فعل الشئ وبين تحقـق الضـرر .

ومع ان هذه النظرية قد لقيت قبولا من بعض محاكم الموضوع الفرنسيـة (١) وجانب من الفقـه (٢) الا ان محكمة النقض لم تعول على هذه النظرية لما وجه اليها

---

(١) داللوز الاسبوعى ١٩٣٩ - ٥ قسم الاحكام المختصرة ، داللوز الاسبوعى ١٩٣٩ - ١٩٧ - اشار اليهما د / ايهاب شنب فى رسالته ، ص ١٥٥ ، هامش ١ ، ٢ .

(٢) انظر فى ذلك : مازو فى المسئولية حـ٢ ف ١٢١١/٤ ص ١٩٨ -

من نقـد تمثل فيما يلـي :(١)

١ ـ أن هذه النظرية لم تلتفت الى صعوبة تحديد ما اذا كان الشيء ساكنـا أو متحركا وقت الحادث ومن البين ان ذلك ليس بالامر اليسير كما لو سقط جسر اثناء مرور سيارة عليه ، فهل يمكن القول باعتبار الجسر سببـا فيما حاق بالسيارة وركابها من ضرر بحسب ان انهياره يجعله في حالـة

ـ اسمان في بلانيول وريبير في القانون المدني حـ ٦ ف ٦٢١ ـ ٣ .

ـ ديموج في المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٣٦ ص ٣٤٥ ، ٣٥٤ .

وفي ذلك يقول الاستاذ / اسمان " ان حركة الشيء ونشاطه هي الـتي تسمح فقط بافتراض خطأ الحارس وقيام قرينة الخطأ اما في حالة الاشيـاء الساكنة فلا يوجد مايستدعي قيام هذه القرينة وافتراض الخطأ في جانـب الحارس بل الاصح افتراض هذا الخطأ في جانب المضرور " داللوز ـ ١٩٣٦ ـ ٦٥ .

كما يقول الاستاذ سافاتيه " ان غالبية الاحكام التي طبقت المادة ١٣٨٤/١ على الاشياء الساكنه تعتمد في ذلك على وجود الخطأ ويكون اساس المسئولية في الحقيقة هو المادة ١٣٨٢ / وليس للمادة ١٣٨٤/١ ـ داللوز ١٩٣٠ ـ ١ ـ ٨٤ ـ داللوز ١٩٣٥ ـ ٢ ـ ١٧ .

(١) انظر في نقد هذا الاتجاه :

ـ جوسران في دروسه في القانون المدني الوضعي الفرنسي ف ٥٣٩ ، ص ٣٣٠ .

ـ مازو في المرجع والموضع السابق .

ـ د / لبيب شنب في رسالته ف ١٣٢ ص ١٥٤ ، ١٥٥ .

ـ د / ابراهيم الدسوقي في رسالته ف ٣١٠ ص ٤٦٧ ، ٤٧١ .

ـ د / محمد نصر رفاعي في رسالته (الضرر" ف ٥٣ ، ٥٤ ص ١٠٤/ ١٠٦

ـ د / عاطف النقيب في المرجع السابق ص ١٥٢ ، ١٥٣ .

ـ د / انور سلطان في المرجع السابق ف ٥٦٩ ص ٦٢٢ .

حركة أم أنه لايمكن اعتبار الجسر سببا في ذلك لانه لايكون الا ساكنا ؟

٢ - أنه ليس هناك من تلازم بين تحقق التدخل الايجابي وبين حركة الشيء او سكونه ، اذ قد يكون الشيء متحركا ومع ذلك لايتحقق هذا التدخل الايجابي ، فلو ان سائق دراجة ميكانيكية أصطدم بجانب سيارة اثناء سيرها المنتظم بسبب ماثبت من انحراف الاول جهة هذه السيارة دون روية وتبصر فاستتبع ذلك ضررا حاقت بقائد تلك الدراجة فانه لايمكن القول آنئذ بان السيارة لها دور منتج في الحادث مع انها كانت متحركة والامر كذلك فيما لو كانت سيارة تسير سيرا منتظما وسقط فجأة عليها أحد عمال البناء فأصابه ضرر من جراء ذلك ، فعلى الرغم من أن السيارة كانت في حالة حركة الا انه لايمكن القول بانها كانت السبب المولد للحادث حيث يرجع السبب الحقيقي في سقوط العامل إما الى حركة خاطئة منه وإما الى وهن السقالات التي يقف عليها وقد يرجع الى غير ذلك من الاسباب ولكن الامر المؤكد ان السيارة ليست هي السبب الذي أدى الى تحقق هذا الضرر .

وقد يكون الشيء في حالة سكون ومع ذلك يكون هو السبب المولد للضرر ، كما لو اصطدم قائد دراجة بسيارة واقفة في منتصف الطريق فلا شك ان مايصيب قائد الدراجة من ضرر انما يكون مرده الى السيارة وذلك على الرغم من أنها كانت ساكنة وقت وقوع الحادث . وذلك يفضي الى القول بانه ليس ثمة مايمنع من ان يكون تدخل الشيء في إحداث الضرر تدخلا ايجابيا على الرغم من انه يكون ساكنا وقت حدوثه .

٣ - أن القول بهذه النظرية يتعارض مع مصلحة المضرور وذلك نظرا لان استبعاد الاشياء الساكنة من نطاق تطبيق الاحكام الموضوعة لهذه المسئولية انما يستتبع حرمانه من المزايا التي تقررها المسئولية عن الاشياء سواء من حيث القاعدة الموضوعية التي تقررها او من حيث تسهيل عبء اذ يقع على المضرور وفقا لهذه النظرية اثبات خطأ حارس الشيء الساكن الذي تسبب في الاضرار به وعلاقة السببية بين الخطأ وماتنتج عنه من ضرر وذلك فضلا عن ان رفض هذه النظرية لايتعارض مع مصلحة الحارس اذ أن له دائما اثبات ان الشيء لم يقم الا بدور سلبي بحت في تحقيق الضرر .

ثانيا : نظرية الوضع الشـــاذ :

يتحقق الوضع الشاذ للشيء كلما كان في وضع لايتفق والقواعـــد المرعية قانونيا او عرفا بين الناس بحيث يؤدى ذلك الى حصول ضـــرر بحكم المجرى العادى للامور [1] كما لو وقفت سيارة ليلا في الطريــــق العام وهى غير مزودة بإضاءة تسمح للغير برؤيتها اذ تعتبر هذه السيارة بحسب وضعها ذاك في وضع شاذ ومن ثم فان حارسها يكون مسئـــولا عما ينتج عن ذلك من اضرار تصيب الغير وذلك هو ما اتجه اليه الفقـــه المصـــرى [2] وجانب من الفقه والقضاء الفرنسى [3] .

وتعتمد هذه النظرية على مبررات تستمدها من واقع الحياة الاجتماعيـــة حيث إن مراعاة القواعد الموضوعة قانونا او المتعارف عليها بين الناس في سلوكهم العادى إنما يمثل الوضع الطبيعى لمجريات الامور في تلك الحياة ومن ثم فـــان

---

(١) انظر في تفصيل ذلك : د / ابراهيم الدسوقى في رسالته السابقـــة ف ٣٣٩ ص ٥١١ ، ٥١٢ ، د / السنهورى في الوسيط جـ ١ ف ٧٢٨ ص ١١٣٢ ـ د / توفيق حسن فرج ص ٤٩٦ ـ د / محمود جمـــال زكى في الوجيز في الالتزامات ف ٣١٦ ص ٦٥٥ ، ٦٥٦ .

(٢) د / السنهورى في المرجع والموضع السابقين ـ د / حشمت ابو ستيـــت في المرجع السابق ص ٥١١ ـ د / عبد الحى حجازى في المرجـــع السابق ص ٥٦٦ ـ د / لبيب شنب في رسالته ف ١٣٤ ص ١٥٧ ـ د / احمد سلامه في مذكرات في مصادر الالتزام ص ٣٤٢ ، د / نعمـــان جمعه في دروس في الواقعة القانون ص ١١٦ ـ د / عبد الرازق حســـن فرج المرجع السابق .

ـ د / بدر جاسم في رسالته ص ٧٤ ، ٧٥ .

ـ د / سهير منتصر في رسالتها ص ٤٦ ، ٤٩ .

(٣) مازو في المسئولية جـ ٢ ف ١١٣١ / ٢ .

ـ سافاتيه في المسئولية جـ ٢ ف ٥٠٥ مكرر ص ٦٠٠ .

ـ وانظر : نقض مدنى فرنسى في ٤ / ٥ / ١٩٥٦ ـ الاسبوع القانـــونى ١٩٦٥ . ـ

الشذوذ عن هذا الوضع يستوجب المساءلة القانونية متى تسبب ذلك في ضرر أصاب الغير .

ويستوى امام هذه النظرية ان يكون الشئ الذى تسبب في الضرر ساكنا او متحركا طالما ان الوضع الشاذ هو المعيار الذى يتحدد على اساسه دور الشئ فى احداث الضرر (١)

ومن ثم فانه متى كان الشئ مألوفا فى وضعه وفقا للمجرى العادى للامور فانه لايكون مصدرا مولدا للضرر ولذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية الحكم بالتعويض عن الضرر الناشئ عن تعثر شخص بفوهة أنبوبة مياه نظرا لان هذه الانبوبة كانت في موضعها العادى وليس لها دور ايجابى فى احداث الضرر كما رفضت المحكمة القضاء بمسئولية حارس السيارة التى كانت تشغل وقت الحادث وضعا معتادا فى الطريق إذ هى بذلك لم تقم الا بدور سلبى لايصلح مبررا للحكم بالتعويض (٢)

ومع إن هذه النظرية لها من الواقع مايؤيدها ومن السند القانونى

= ٩٤٤٦ حيث جاء فيه " ان المسئولية عن فعل الشئ تترتب على الحارس وان لم يكن الشئ خطرا كلما كان هذا الشئ بوضعه الشاذ او غير السليم السبب المولد للضرر " .

(١) انظر نقض مدنى فرنسى فى ١٩٦٥/٥/٢٩ الاسبوع القانونى ١٩٦٥ ـ ٢ ـ ١٤٢٤٨ ، ونقض مدنى فرنسى فى ١٩٧٣/١٠/٣ الاسبوع القانونى ١٩٧٣ ـ ٤ ـ ٣٦٤ .

(٢) نقض مدنى فرنسى فى ٢١ يناير ١٩٤١ ، ١٩ فبراير ١٩٤١ ، سيرى ١٩٤١ ـ ٩١ .

ـ نقض مدنى فرنسى فى ٢٣ يناير ١٩٥٩ داللوز ١٩٥٩ ـ ١٠١ .

ـ ونقض مدنى فرنسى فى ٢٧ اكتوبر ١٩٦٦ ـ داللوز ١٩٦٧ ـ ملخص ١٨ .

ـ ونقض مدنى فرنسى فى ٢٨ ابريل ١٩٧١ ـ داللوز ١٩٧١ ملخص ٢٢ .

مايبررها الا انها معذلك كانت محلا لنقد جانب من الفقه وهو ماتمثل فيمايلى[1]

١ - أن هذه النظرية تخلط بين رابطة السببية وبين الخطأ حيث انهـــا تصرف نظر القاضى عما يجب ان تنصب عليه عنايته وهو البحث عن توافـــر السببية بين الشيء والضرر الى البحث عن امر آخر وهو ما اذا كـــان الحارس قد اخطأ أم لا ، اذ أن البحث عما اذا كان الشيء فى وضعـــه المألوف أم لا ، انما هو فى الحقيقة بحث عما إذا كان الحارس قد أخطـأ بترك الشيء وفى هذا الموضع أم لا ، ...

ومن ثم : فان تأسيس الحكم برفض التعويض على مقولة أن الشيء كـــان فى وضعه المألوف إنما هو فى الواقع حكم مؤسس على انتفاء الخطأ فى جـــانب الحارس . ولاشك ان البحث عن مدى توافر الخطأ انما يخالف ماتنهض عليـــه المسئولية عن الاشياء من خطأ مفترض فى جانب الحارس .

ولقد رد الفقه هذا الاعتراض بانه اذا كان يمكن نسبة الخطأ الى الحارس فى بعض الحالات لوضعه الشيء فى غير موضعه المالوف فان هناك من الحـالات مالايمكن فيها نسبة الخطأ اليه على الرغم من أن الشيء يوجد فى وضع شـــاذ كما لو تعطلت سيارة فجأة لخلل فى آلاتها وترتب على ذلك ان اصطدمت بهـــا سيارة كانت تتبعها فلا شك ان السيارة الامامية كانت فى تلك الحالة فى وضع غيـر مألوف ، بيد أن وجودها فى ذلك الموضع لايرجع بالضرورة الى خطأ فى جانـــب الحارس متى كان قد بذل فى فحصها وصيانتها عناية الرجل المعتاد ، وهكـــذا يوجد من الفــروض مايكون وضع الشيء فيه غير مألوف دون خطأ يمكن نسبته الـــى حارسه ومعذلك يكون مسئولا عما يتولد عنه من ضرر .

ومع ان هذا الرد يثبت امكانية وجود الشيء فى وضع غير مألوف مع انعدام نسبة الخطأ الى الحارس الا انه قد يحدث خلط بين رابطة السببية والخطأ فـــى فى بعض الفروض الاخرى التى يمكن فيها نسبة الخطأ الى الحارس لوضعه الشيء وضعا غير مألوف . ومن ثم رأى جانب من الفقه بحق - انه يمكن دفع هـــذا

---

(١) انظر فى ايراد هذه الاعتراضات والرد عليها :

- د / لبيب شنب فى رسالته ف ١٣٥ ص ١٥٨ ، ١٦٠ .

- د / ابراهيم الدسوقى فى رسالته ف ٣٤١ ، ٣٤٢ ص ٥١٤ ، ٥١٩ .

الخلط عن طريق اقتصار البحث في هذه الحالة على ما اذا كان الشيء بحسب وضعه هو السبب المنتج للضرر ام لا دون التطرق الى سبب وجود الشيء في هذا الوضع[1]

٢ ـ أن القول بهذا المعيار سيؤدي بالقضاء الى حتمية فحص وقائع وظروف كل حالة حتى يصل الى حقيقة وضع ومسلك الشيء وقد يؤدي ذلك الى تناقض الاحكام نظرا للحرية الكاملة لكل قاض في تقدير مدى توافر علاقة السببية بين فعل الشيء وبين تحقق الضرر .

وقد ورد هذا الاعتراض بان تلك الحرية الممنوحة للقاضي ليست مقصورة على التحقق من وجود علاقة السببية من عدمه ، اذ أن مثل هذه الحرية متروكة للقضاء ايضا لتقدير ما اذا كان هناك خطأ من عدمه حالة مايكون هذا الخطأ واجب الاثبات ولم يقل احد بان ذلك يؤدي الى تناقض احكام القضاء[2]

وعلى كل فان معيار الوضع الشاذ لتحقق التدخل الايجابي للشيء اصبح هو المعيار الذي يعتنقه جمهور الفقه والقضاء المصري والفرنسي كما سبقت الاشارة الى ذلك .

وتجدر الاشارة اخيرا الى ملاحظتين :

<u>الملاحظة الاولى</u> : ان القضاء هو المرجع في تحديد ما اذا كان وضع الشيء شاذا او غير شاذ بحسب خبرته العامة ومسترشدا في ذلك بالكشف عن الاستعمال المعدله الشيء في العادة وبالاحصاءات ومن ثم فانه لايعتد في تقدير وضع الشيء بالخبرة الشخصية للحارس ولا برأى المضرور .

<u>الملاحظة الثانية</u> : ان معيار الوضع الشاذ ليس معيارا قاطعا وانما هو مجرد مرشد للقاضي للاستئناس به ومن ثم فانه اذا ثبت ان الشيء وقت الحادث كان في وضع غير عادي فانه يستطيع استنادا الى هذه الواقعة تقرير ان الشيء كان هو السبب المولد للضرر ، بيد انه يمكن اثبات العكس متى وجد في ظروف

---

(١) د / لبيب شنب في المرجع والموضع السابق .

(٢) د / ابراهيم الدسوقي في رسالته ص ١٧٥ .

الحادث مايمكن ان يستخلص منه ان الشئ وان كان فى وضع غير عادى الا انه لم يكن هو الاداة المحدثة للضرر وذلك فضلا عن انه ليس ثمة مايمنع من اثبات التدخل الايجابى للشئ على الرغم من ان وضعه كان مألوفا وطبيعيا (١)

---

(١) د / لبيب شنب فى رسالته ف ١٣٦ ص ١٦٠ ، ١٦١ .
— د / ابراهيم الدسوقى فى رسالته ف ٣٤٣ ص ٥١٨ .
— د / عاطف النقيب ص١٥٦ – المرجع السابق .
— د / بدر جاسم فى رسالته ص ٧٤ .
— الاستاذ / محمد كمال عبد العزيز فى التقنين المدنى فى المرجع السابق ص ٧٠٧ .

الفرع الثانــــي
صور التدخل الايجابي للشـــيء

يتحقق التدخل الايجابي للشيء في صورتين :

الصورة الاولى : وهي حالة ما اذا كان هناك اتصال مادي بين الشيء وبين الشخص المضرور او المال الذي اصابه التلف .

ويتحقق هذا الاتصال المادي عادة عندما يتصل الشيء بموضع الضرر من غير ان يفصل بينهما عامل آخر .

ولايحول دون مادية هذا الاتصال كون الشيء غير صلب ، حيث يمكن أن تتحقق هذه الصورة في حالة ما اذا كان الشيء متمثلا في غازات او تموجات اشعاعية او حرارة او طاقة كهربائية بلغت موضع الضرر من جسم انسان او كيان شيء .

الصورة الثانية : وهي حالة ما اذا تمثل تدخل الشيء في احداث الضرر عن طريق تهيئة السبيل الى تحقيقه وذلك دون اتصال مادي بين الشيء وبين الضرر كما لو مرت سيارة بالقرب من الرصيف محدثة صوتا غير مألوف ففزع بسببه الواقف على حافة الرصيف من احتمال الخطر فاستتبع ذلك اضطرابه فوقع مصابا بجروح والامر كذلك فيما لو تعمد السائق قطع الطريق عرضا بالشكل الذي يباغت به سائق سيارة خلفه فيرتبك هذا الاخير ويجنح ليصطدم بشجرة او بالحاجز الفاصل بين جانبي الطريق ويؤدي ذلك الى حدوث ضرة بمن كانوا في السيارة الخلفية اذ يتحقق في مثل هذه الحالة تدخل السيارة الاولى في احداث الضرر بالنظر الى توفير فرصة حصوله فكانت الصلة بينهما قائمة .

كما تتحقق تلك الصورة في حالة ما لو كان الشيء أداة لدفع شيء آخر أدى بهذا الاخير الى احداث الضرر بالغير ، كأن تقذف عجلة السيارة حجرا صغيرا يصيب شخصا او يحطم زجاج سيارة كانت بجانبها وكأن تجنح سيارة الى جانب الطريق فتقتلع شجرة تقع على سيارة كانت بجانبها فتنزل بها اضرارا ففي مثل هذه الحالة وتلك يكون تدخل السيارة التي قذفت الحجر او التي اقتلعت الشجرة يكون حاصلا وان لم تكن هذه السيارة هي التي اتصلت بمن تضرر فعلا ويبين مما تقدم انه ليس من الضروري ان يحصل اتصال مادي بين الشيء

وبين من أو ما وقع عليه الضرر حتى يستقيم القول بتدخل الشيء في الحادث[١]

---

(١) مازو في المسئولية حـ ٢ ط ٦ ف ١ - ١١٢/١/١ - د / السنهوري حـ ١ ف ٧٢٨ ص ١٢٣٢ - د / الصدة في المرجع السابق ف ٥٥٥ ص ٧٠٤ - د / لبيب شنب في رسالته ف ١٧٨ ص ١٦٢ - / انور سلطان في المرجع السابق ف ٥٦٩ ص ٦٢١ - د / حشمت ابو ستيت ف ٥٥٥ ، ص ٥١١ .

المبحث الثانـــى
لزوم التدخل الايجابى ومعياره وصوره فى الفقه الاسلامــى

لئن كان الفقه الاسلامى يرتب ضمان او مسئولية من له اليد على الشىء عما يحدثه من ضرر يصيب الغير فانه يستلزم لذلك ثبوت نسبة الضرر الى هــذا الشىء بان تقوم رابطة سببية بين فعل الشىء وحدوث الضرر .

وتتحقق هــذه الرابطة كلما كان تدخل الشىء فى احداث الضـــرر تدخلا ايجابيا فمن وضع " فى الطريق حجرا أو اخرج من حائطه جزعا أو صخرة شاخصة فى الطريق فهو ضامن لما اصاب من ذلك لانه متسبب لهلاك ماتلـــف بما احدثه [١] ومن " وضع ساجــة فى الطريق او خشبة باعها رجل " فالضمان على الذى وضعها لانه كان متعديا فى وضعها " [٢]

ومن رش الماء فى الطريق فسقطت دابة او انسان فانه يضمن مطلقا " [٣] ومن اوقد نارا لعمل يعمله فترامت النار حتى احرقت زرع رجل " فهو ضامن [٤] ومن ثم : فان التدخل السلبى لايمكن ان يقوم معه ضمان وقد مثل الفقهــاء لذلك بما لو أصطدمت سفينة سائرة باخرى واقفة على الشط حيث أذن ولى الامر لها بالوقوف فان الضمان يقع فى تلك الحالة على ربان السفينة السائرة نظـــرا لدورها الايجابى فى احداث الضرر اما ربان السفينة الواقفة فانه لاضمــــان عليه نظرا للدور السلبى لسفينته فى احداث الضرر ومن ثم فان الضرر لم يتولد عنها وبالتالى فانه لاينسب لذى اليد عليها [٥]

---

(١) ، (٢) المبسوط للسرخسى حـ ٢٧ ص ٦ / ٧ .

(٣) البحر الرائق حـ ٨ ص ٣٩٩ - نهاية المحتاج حـ ٧ ص ٣٥٤ .

(٤) المغنى حـ ٥ ص ٣٠٦ - منتهى الارادات حـ ٢ ص ٤٢٦ ، ٤٢٧ .

(٥) مجمع الضمانات للبغدادى ص ١٠٥ حيث يقول : " ارباب السفن اوقفوها على الشط فجاءت سفينة فأصابت السفينة الواقفة فانكســـرت الواقفة كان ضمان الواقفة على السفينة الجائيــة فان انكسرت الجائيــة لايضمن صاحب السفينة الواقفــة لان الامام اذن لارباب السفـــن بايقاف السفن على الشط فلا يكون معتديا " ، وانظر كذلك رد المختار حـ ٢ ص ٥٩٥ وفتاوى قاضيخان حـ ٣ ص ٢٤١ .

ويرى الفقه الاسلامي أن تحقق التدخل الايجابي من الشيء في احداث الضرر انما هو مرتبط بوضع الشيء وضعا غير مألوف وهو ماكان مخالفا للعرف او المألوف في حياة الناس وهو ماعبر عنه الفقهاء " بمجاوزة المعتاد " أو " خلاف العادة " اى مالم يجرى عليه الناس في سلوكهم بالنسبة لكل حالة من الحالات (١) .

ومن ثم فان الضمان او المسئولية تنتفي حيث كان مرد الضرر الى استعمال الشيء استعمالا مألوفا اذ أن " فاعل المعتاد كالمأذون له من جهة الشرع لرضاء المسلمين بـه " (٢)

ومن ثم فانه " اذا اوقد في ملكه نارا او في موات فطارت شرارة الى دار جاره فاحرقتها او سقى ارضه فنزل الماء الى ارض جاره فغرقها لم يضمن اذا كان فعل ماجرت به العادة من غير تفريط لانه غير معتد .... وان كان ذلك بتفريط منه بان أجج نارا تسرى في العادة لكثرتها أو في ريح شديدة تحملها او فتح ماءا كثيرا يتعدى او فتح الماء في ارض غيره او أوقد في دار غيره ضمن ماتلف بـه " (٣)

وليس بلازم لتحقق هذا التدخل الايجابي ضرورة الاتصال المادي بين الشيء ومحل الضرر اذ قد يتحقق هذا التدخل دون هذا الاتصال كما لوجفلت الدابة من صوت البندقية التي رماها الصياد ... اذا كان ... قاصدا الى اجفالها فانه يضمن (٤)

---

(١) وفي ذلك يقول البغدادي في مجمع الضمانات ص ٢٤٩ " واعلم ان كل فعل قيل فيه ليس للمستأجر ان يفعله فانه يضمن ماتلف به ولاتظن انها منحصرة بالمستأجر بل هي اصل شامل لجميع مسائل الضمان " .
وانظر تبصرة الحكام حيث يقول نقلا عن الامام مالك " الامر المجمع عليه عندنا في الذي يحفر البئر على الطريق او يضع اشياء هذا على طريق المسلمين فهو ضامن لما اصيب في ذلك كن جرح او غيره وماصنع من ذلك مما يجوز له ان يضعه بطريق المسلمين فلاضمان عليه ولاغرم " تبصرة الحكام لابن فرحون حـ ٢ ص ٣٤٦ .

(٢) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير حـ ٤ ص ٢٩٠ .

الا أن الفقه الاسلامي لم يرتب الضمان او المسئولية على مجرد تدخـل الشيء في احداث الضرر في كل الحالات حتى لو كان ذلك وفقا للوضع غيـر المألوف في حياة الناس ولكنه فرق في هذا الصدد بين المباشرة والتسبب وذلك ماسنعـرض له بالكلمة التالية :

اولا : حالة المباشـرة :(١)

ويكفي لثبوت الضمان او المسئولية في تلك الحالة تحقق التدخل الايجابي من الشيء في احداث الضرر دون نظر الى الظروف الذاتية لمن باشره •

ـ وانظر فصلية الاستاذ الشيخ على الخفيف في الضمان في الفقه الاسلامي ص ٢٤٩ •

ـ المغني حـ ٥ ص ٣٠٦ ـ منتهى الارادات حـ ٢ ص ٤٢٦ ، ٤٢٧ • الاقناع وكشاف القناع حـ ٤ ص ١٠١ ، ١٠٢ ـ زاد المعاد في هدى خير العباد حـ ٣ ص ١٠٩ •

ـ مجلة الاحكام العدلية م ٩٢٣ •

(١) وتعني المباشرة تحقق الضرر بفعل المباشر دون وجود واسطة بـين هذا الفعل وذلك الضرر ـ وذلك هوماعبر عنه صاحب البدائع حـ ٧ ، ص ١٦٥ حينما عرف المباشرة بانها " ايصال الآلة بمحل التلـف " وانظر في هذا المعنى المنهاج ومغني المحتاج عليه لاحـ ٤ ص ٦ ، والحموى في كتابه غمز عيون البصائر شرح الاشباه والنظائر حـ ١ ص ١٩٦ حيث يعرف المباشر بانه من " يحصل التلف بفعله من غير ان يتخلـل بين فعله والتلف فعل مختار " •

ويبدو ان تقيد الفعل المتوسط بكونه مختارا غير مطرد في كتب الحنفيـه حيث ورد في عباراتهم مايدل على ان تخلل اى واسطة بين الفعـل والضرر تخرج الاولى عن دائرة المباشرة وان لم يكن فعلا مختارا ولذلـك ورد في كتب الحنفية النص على ضمان من وضع جمرة في الطريق فاحرقـت شيئا لانه متعد بالوضع ومن الحنفية من عبر عن هذه القاعدة بقولـه : " المباشر ضامن وان لم يتعمد " ـ الاشباه والنظائر لابن نجيم حـ ٢ ص ٩٩ ، مجمع الضمانات ص ١٦٥ ـ حاشية الشلبي على تبيـين الحقائق حـ ٦ ص ١٤٢ • بيد انه لما كان العمد في ضمان الاموال غير مشترط فانه لايصح ماذهب اليه هذا التعريف من استلزام العمدية =

اذ يستوى ان يكون بالغا او غير بالغ كما يستوى ان يكون عاقلا او غير عاقل وذلك فضلا عن انه يستوى تحقق القصد الى تحقيق الضرر او انتفائه كما يستوى علم المباشر بملكيته لمحل الضرر وعدم علمه بذلك فى حالة ما اذا وقع الضرر على مال الغير دون علم المباشر بعدم ملكيته له ٠

ومرد القول بتحمل الضمان او المسئولية فى تلك الحالة دون اعتداد بمثل هذه الظروف يرجع الى امرين :

الامر الاول : أن المباشرة تمثل علة ولا ريب ان العلة مقارنة للحكم (١) ومن ثم فان ربط الضمان بالضرر فى تلك الحالة انما هو من قبيل ربط الاحكام بأسبابها ولا ريب ان ذلك هو مقتضى العدل ، اذ لا يمكن للمصلحة ان تتم الا به والا أتلف الناس اموال بعضهم بدعوى الخطأ وعدم القصد الى ذلك (٢) ٠

= وذلك بدليل تضمين من لا يتصور منه العمد كالصبى والمجنون — وانظر كذلك الكاسانى فى البدائع حـ ٧ ص ١٥٤ ، الوجيز للغزالى ، حـ ١ ، ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ — فتح العزيز حـ ١١ ص ٢٤١ — ٢٤٢ ٠ الروضة البهية حـ ٢ ص ٢٣٢ ، مفتاح الكرامه) حـ ٦ ص ٢٠٦ ٠

— وانظر كذلك : الضمان فى الفقه الاسلامى للشيخ الخفيف ص ٧٤ ، نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون — د / عبد الحميد البعلى ص ٢٥٥ ، الفعل الموجب للضمان ، د / محمد فاروق العكام ص ٢٤٨ ، ضمان المتلفات فى الفقه الاسلامى ص ١١٤ ومابعدها ٠

(١) الوجيز للغزالى حـ ١ ص ٢٠٥ ، قواعد الاحكام حـ ٢ ص ١٥٤ ٠

— الروضة البهية فى شرح اللمعه الدمشقية حـ ٢ ص ٢٣٢ ٠

(٢) وذلك بخلاف احكام العقوبات حيث انها تابعة للمخالفة وكسب العبد ومعصيته ومن ثم فرقت الشريعة بصددها بين العامد والمخطىء ٠

— انظر اعلام الموقعين حـ ٢ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ ٠

(٣) قواعد الاحكام فى مصالح الانام حـ ١ ص ١٥٦ ٠

الامر الثاني : ان القصد من الضمان في تلك الحاله هو رفع الضرر وجبر مافات ولايتحقق ذلك الا باحلال مال بدل المال التالف لاعادة الحال الى ماكانت عليه قبل حدوث الضرر وذلك دون مراعاة الى حال من وقع منه ذلك الفعل الضار وذلك هو ماعبر عنه عزالدين بن عبد السلام بقوله : " ان الاتلاف يقع بالظنون والايدى والافعال ويجرى الضمان في عمدها وخطئها لانه من الجوابر ولاتجرى العقوبة والقصاص الا في عمدها لانها من الزواجر " (١) وذلك هو مانصت عليه القاعدة الفقهية من ان "المباشر ضامن وان لم يتعمد " ومن ثم : فان المباشرة تقوم قرينة على توافر علاقة السببية بين الفعل والضرر ولايمكن دحض هذه العلاقه الا باثبات ان الضرر قد وقع بسبب اجنبي عن المباشر (٢)

ثانيا : حالة التسبب : (٣)

وفي تلك الحالة فان اجماع الفقه يرى عدم كفاية التدخل الايجابي

---

(١) قواعد الاحكام في مصالح الانام حـ ١ ص ١٥٦ .

(٢) انظر في ذلك د / محمد فاروق العكام في رسالته الفعل الموجب للضمان ص ٢٥١ (حقوق القاهرة) وقد رأى المؤلف في نفس الموضع السابق ان مبنى الضمان في هذه الحالة هو التقصير في اتخاذ ماينبغي اتخاذه من الاحتياطات واليقظة حتى لايقع ضرر بالغير .
وهذا القول فيما يبدو لنا محل نظر ، اذ أن الضمان في تلك الحالة لاينتفي حتى ولو اثبت المدعى عليه انه راعى الحيطة والحذر في فعله فالضمان قائم في كل الاحوال ومن ثم فان اساس الضمان هنا هو تحقق الضرر فقط .

(٣) ويتحقق الضرر بالتسبب كلما وجد بين الفعل والضرر رابطة ادت الى حدوث هذا الاخير وذلك هو ماعبر عنه الحموى حينما عرف المتسبب بانه " الذى حصل التلف بفعله وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار " .
— انظر غمز عيون البصائر شرح الاشباه والنظائر حـ ١ ص ١٩٦ .
— وانظر كذلك الوجيز للغزالي حـ ١ ص ٢٠٧ حيث عرف التسبب بانه " ايجاد مايحصل الهلاك عنده لكن بعلة اخرى اذا كان السبب مما يقصد بوقوع تلك العلة "

من الشيء في احداث الضرر وانما يلزم كذلك توافر التعدى باحداثه (١)

ويتحقق هذا التعدى كلما كان هناك تجاوز للمعتاد في حياة النـاس وفقا للظروف الخارجية التي احاطت بالمسئول وذلك دون نظر الى ظروفـــه الذاتية كما سبق ان اوضحنا .

ومن ثم فانه يستوى تحقق القصد الى هذا التعدى او عدم تحققــه أى انه يستوى تحقق القصد الى تلك المجاوزة للمعتاد في حياة الناس اوانتفاؤه (٢) كما أن التعدى يتحقق باى درجة من المجاوزة للمألوف في حياة الناس .

ومن ثم فان التعدى يصدق على التقصير في حفظ الشيء وهو ترك ماينبغى اتخاذه من اجراءات الحيطة حتى لايقع الضرر بالغير وقد مثل الفقهاء لذلــك

= وانظر في هذا المعنى الفروق للقرافى حـ ٤ ص ٢٧ ، وتهذيب الفـروق حـ ٢ هامش ٢٠٤ وقواعد الاحكام حـ ٢ ص ١٥٥ ومفتاح الكرامه في شرح قواعد العلامة حـ ٦ ص ٢٠٦ وليس المراد بالقصد في التعريف السابـق للغزالى العمد وانما المراد به أن يكون من شأنه الإفضاء الى تلك العلة .

(١) وذلك هو ماعبرت عنه القاعدة الفقهية التى تقضى بان المتسبب لايضمـن الا اذا كان متعديا ويؤخذ من الاستعمال السائد لدى الفقهاء فـــى هذا الصدر ان التعدى هو مجاوزة الحد المأذون فيه شرعا او عرفـــا (انظر في ذلك مجمع الضمانات ص ١٧٨ تبيين الحقائق وحاشيـــة الشلبى عليه حـ ٤ ص ٢٤٤ ، وفتح الجليل على مختصر العلامة خليـل للخرشي حـ ٦ ص ٣٢ والقوانين الفقهية ص ٣٢٣ ، المغنى حـ ٧ ، ص ٦٤٥ ، الروضة البهية حـ ٢ ص ٢٥٨ — مفتاح الكرامة حـ ٨ ص ٢١ النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية د /المحمصانى حـ ١ ص ١٧٥ ، د / محمد فوزى فيض الله في رسالته " المسئوليـــة التقصيرية بين الشريعة والقانون " كلية الشريعة ص ١٨٩ .

(٢) مجمع الانهـر شرح ملتقى الابحر حـ ٢ ص ٦٦١ .

— تبيين الحقائق حـ ٥ ص ١٤٧ .

بمن ساق دابة فوقع سرجها او غيره من ادواتها كاللجام او نحوه على انسان فمات او جرح فان السائق يضمن فى تلك الحالة لاعتباره متعديا فى هذا التسبيب حيث ان وقوع ادوات الفرس كان بتقصير منه حيث ترك شدها واحكامها(١) وهنا يثار التساؤل حول العلة فى اشتراط التعدى فى حالة التسبب دون المباشرة ؟ ويجيبنا الفقيه الزيلعى قائلا " لان التسبب ليس بعلة فلابد من التعدى ليلتحق بالعلة " (٢)

ومن ثم فان سبب التفرقة بين المباشرة والتسبب فى احداث الضرر ترجع الى ان الفقهاء نظروا الى رابطة السببية بين الفعل والضرر نظرة مادية بحتة (٣)

فعند المباشرة تظهر علاقة السببية بين الفعل والضرر بوضوح اما عند التسبب فلا يكون لسبب الفعل هذا الظهور لوجود فعل آخر يفصل بين فعل المتسبب وبين الضرر اى ان الضرر يتراخى عن فعل المتسبب وبذلك تضعف علاقة السببية بينهما ولذلك اشترط الفقهاء التعدى فى التسبب دون المباشرة (٤) وتطبيقا لاشتراط التعدى فى حالة التسبب قضى الفقهاء بضمان من وضع فى الطريق حجرا أوحديدة او صب فيه ماءا أو وضع فيه قشر بطيخ ونحوه فهلك به انسان او دابة ...... حيث انه اتلف ذلك بتعديه فيكون من ثم ضامنا له (٥)

وخلاصة القول فى سبب التفرقة بين المباشرة والتسبب ان المباشر علة مستقلة وسبب للاضرار بذاته فلا يجوز اسقاط حكمها بدعوى عدم التعدى ، اما التسبب فليس بالعلة المستقلة فلزم ان يقترن العمل فيه بصفة التعدى ليكون موجبا للضمان .

<u>ثالثا :</u> اجتماع المباشرة مع التسبب :

اتفقت كلمة الفقهاء على انه اذا اجتمعت المباشرة مع التسبب

---

(١) تبيين الحقائق حـ ٥ ص ١٤٧ .

(٢) د / وحيد الدين سوار فى رسالته التعبير عن الارادة ط ١٩٦٠ ف ٢٠ ص ٢١ .

(٣) الشيخ على الخفيف فى المرجع السابق ـ القسم الاول ص ٨٣ .

(٤) المغنى حـ ٧ ص ٨٢٢ .

كان الضمان على المباشر دون غـيره [١]

والعلة فى ذلك ان اجتماعهما معا يحدث تعارضا لابد من رفعـه ولما كانت علة المباشرة راجحه على علة المتسبب كان القول بتضمين المباشـر لا مفر منه حيث ان منهج الشريعة فى مثل ذلك تقديم الراجح على المرجوح عند التعارض [٢]

وهذه القاعدة محل اتفاق من فقهاء الحنفية [٣] والمالكية [٤] والشافعية [٥] والحنابله [٦] والزيديـة [٧] والامامية [٨] .

---

(١) وهذا هو ماعبر عنه ابن نجيم فى الاشباه والنظائر ص ١٦٣ بقولـه : " اذا اجتمع المباشر والمتسبب اضيف الحكم الى المباشر " .
— وانظر كذلك الفروق للقرافى حـ ٢ ص ٢٠٨ حيث يقول : " واذا اجتمع سببان كالمباشر والمتسبب من جهتين غلبت المباشرة على التسبب " .
— وانظر كذلك فى هذا المعنى السيوطى الشافعى فى الاشباه والنظائر ص ١٦٢ ، وابن رجب الحنبلى فى القواعد ص ٣٠٧ القاعدة ١٢٧ .

(٢) الفروق للقرافى حـ ٢ ص ٢٠٨ وتهذيب الفروق حـ ٢ ص ٢٠٦ .

(٣) انظر مجمع الضمانات ص ١٠٣ — ابن نجيم فى الموضع المتقدم .

(٤) الفروق للقرافى فى الموضع المتقدم ، وانظر كذلك الشرح الكبـير وحاشية الدسوقي عليه حـ ٤ ص ٤٤٤ ، ٤٤٥ والخرشى حـ ٤ ، ص ٤٣٨ ، والمواق حـ ٥ ص ٢٧٨ .

(٥) السيوطى فى المرجع والموضع المتقدم ، وانظر كذلك الغزالى فـى الوجيز حـ ١ ص ٢٠٦ .

(٦) ابو رجب الحنبلى فى المرجع والموضع المتقدم ، وانظر كذلك كشـاف القناع حـ ٢ ص ٣٦٦ .

(٧) البحر الزخار حـ ٥ ص ٢٤٣ .

(٨) الروضة البهية حـ ٢ ص ٢٤٦ — مفتاح الكرامة حـ ٦ ص ٢١٤ .
— شرائع الاسلام حـ ٢ ص ١٥١ والمبادئ العامة للفقه الجعفـرى ص ١٥٨ .

ومن تطبيقات هذه القاعدة التى تتعلق بموضوعنا ما اشار اليه الفقه من انه لو حفر رجلا بئرا فى الطريق ووضع آخر حجرا على حافتها فعثر ثالث بالحجر وسقط فى البئر فمات أو جرح فان الضمان يكون على واضع الحجر لانه بمنزلة الدافع (١)

الا ان الفقهاء استثنوا من ذلك حالتين :

الحالة الاولى :

اذا كان دور المتسبب فى إحداث الضرر أقوى من دور المباشر بحيث يكون عمل الأول هو العامل الأهم فى إحداث هذا الضرر ، إذ يكون الضمان فى تلك الحالة على المتسبب دون المباشر كما لو وضع شخص فى الطريق حجرا فعثر به مار فوقع على شئ فأتلفه حيث يكون الضمان فى تلك الحالة على من وضع الحجر على الرغم من انه متسبب وليس بمباشر ، وذلك نظرا لان المتسبب فى تلك الحالة يكون كالدافع فكأنه دفع بيده من تعثر فوقع على الشئ .

اما المباشر فإن مباشرته كانت قسرية ومن ثم فان الاتلاف لاينسب اليه اذ هو فى الحالة كالآلة ومن ثم فانه لاضمان عليه (٢)

الحالة الثانية :

اذا كان دور المتسبب معادلا لدور المباشر بأن كان من شأن كل منهما التأثير منفردا فى تحقيق الضرر فانهما يضمنان معا فى تلك الحالة لتعادل دور كل منهما فى احداث الضرر .

ومثال ذلك : مالو حفر شخص بئرا لاتلاف حيوان وأوقعه فيها غيره ، فان الحافر فى هذا المثال متسببا والموقع مباشرا ومع ذلك فهما يتحملا معا تبعة هذا الضرر (٣)

---

(١) مجمع الضمانات ص ٢٠٣ — مجمع الانهر حـ ٢ ص ٦٥٢ .

(٢) مجمع الانهر حـ ٢ ص ٦٥٢ .

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه حـ ٣ ص ٤٤٤ ، ٤٤٥ .

وتجدر الاشارة في هذا الصدد الى ان بعض الفقهاء المحدثين يرى بصدد ضمان الاضرار الناشئة عن الاشياء الجامدة حتمية التفرقة بين ما اذا كان الضرر ناشئا عن الآلة او كان ناشئا عن غيرها من الاشياء الاخرى .

اذ يعتبر بحق أن الضرر الناشيء عن الآلة بمنزلة المباشرة في كل الاحوال وبالتالي فان الضمان يثبت متى تحقق الضرر دون حاجة الى إثبات التعدى ممن له اليد على تلك الآلة اما الضرر الناشيء عن غير الآلة فإنه يخضع للقاعدة العامة في التفرقة بين المباشرة والتسبب على النحو المتقدم .

وجه التفرقة بينهما في الحكم أن " الالة ليس لها من حركة الا بتحريك صاحبها فكان ما يحدث عنها من ضرر من قبيل الضرر المباشر " .(١)

خلاصة ومقارنة :

يتضح لنا مما سبق ان القانون المدني يتفق مع الفقه الاسلامي في ضمان الاضرار الناشئة عن الاشياء الجامدة في حالة ما اذا كان الضرر مباشرا ، وذلك دون حاجة الى اثبات خطأ الحارس ، ويمكن القول بالحاق الاضرار الناشئة عن الآلات بهذا النوع من الضرر كما رأى ذلك جانب من الفقه .

اما الاضرار التي تنشأ عن الاشياء الجامدة تسببا فان الفقه الاسلامي يرى حتمية نسبة الخطأ فيها الى الحارس بمقتضى اثبات تعديه ، وبدهي أن القانون المدني لا يعرف تلك التفرقة ومن ثم فان نقطة الخلاف بينهما تنحصر في هذا الصدد ، ومن هنا يتضح ان شقة الخلاف بين الفقه الاسلامي والقانون المدني تبدو ضيقة اذ هي تنحصر في الاضرار التي تنشأ عن غير الآلات ويكون الفاعل فيها متسببا لا مباشرا .

---

(١) الشيخ على الخفيف في الضمان في الفقه الاسلامي ـ القسم الاول ص ٢٤١ ، ٢٤٢ .

الفصل الثانى
تعدد الاشياء المحدثة للضرر وتسلسله

المبحث الاول
تعدد الاسباب المحدثة للضرر

المطلب الاول
تعدد الاسباب المحدثة الضرر فى الفقه القانونى

اذا تعددت الأسباب أو الاشياء المحدثة للضرر فلا بد من تحديد مايعتبر منها مولدا للنتيجة الضارة .

ولقد اختلف الفقه حول المعيار الذى يتحدد هذا السبب على ضوئه وتمثل ذلك فى ظهور نظريتين هما :
نظرية تكافوء الاسباب ، ونظرية السبب المنتج أوالملائم

ونعرض لهاتين النظريتين بالكلمة التالية :

اولا : نظرية تكافوء الاسباب :
تقوم هذه النظرية على أساس ان كل سبب ساهم فى احداث الضرر يعتبر سببا لتحققه وذلك متى ثبت انه ماكان للضرر ان يقع بدونه ومن ثم فان جميع هذه العوامل التى أدى اشتراكها الى وقوع الضرر تكون متكافئة أو متعادلة من حيث ترتيب المسئولية [1] ، كما لو ان " شملا سار فى عرض الطريق فدهسته سيارة مسرعة وكان من اليسير على سائق السيارة أن يتفادى الحادث لو انه كان مالكا لتوازنه "[2] إذ يرتد

---

(١) مازو فى المسئولية حـ ٢ ف ١٤٤٠ ص ٤٢٢ .
— د / السنهورى فى الوسيط حـ ١ ف ٦٠٥ ص ٨٠٢٥ .
— د / محمود نجيب حسنى فى رسالته رابطة السببية حقوق القاهرة ١٩٥٥ ص ١٦٥ ، ١٦٧ .
— د / سليمان مرقس فى الاحكام الخاصة ف ١٦٩ ص ٤٦٩ .
— د / عبد المنعم فرج الصده فى المرجع السابق ف ٤٥٨ ، ص ٤٥٩
— د / أنور سلطان فى المرجع السابق ف ٤٦١ ص ٥٣٢ .
— د / عبد الحى حجازى فى المرجع السابق ص ٤٨٥ .
— د / ابراهيم الدسوقى فى رسالته الأعفاء من المسئولية عن حوادث السيارات ف ٣٢٨ ص ٤٩٢ .

(٢) ، (٣) د / السنهورى فى المرجع السابق ، د / عبد الحميد البعلى فى رسالته نظرية تحمل التبعة ص ٢٩٨ .

الضرر فى هذا المثال الى خطأ المصاب بسيره ثملا فى الطريق العام والى خطأ السائق بسيره مسرعا ولولا وقوع كل من الخطأين ماكان للضرر ان يقع ومن ثم فان السببين يكونان متكافئان فى احداث الضرر ويعتبر كل منهما سببا له مما يرتب مسئولية صاحبه[1] ، بيد أن تكافوء الاسباب لايتحقق الا اذا كان كل منهما مستقلا عن الآخر أى ليس بينهما من رابطة سببية وبالتالى فانه اذا كان احد العوامل التى تتابعت عند احداث الضرر ليس الا نتيجة لعامل سابق عليه فانه لايعتبر السبب الحقيقى لحدوث هذا الضرر ولاتترتب المسئولية عليه ويتعين الوقوف عند العامل الاول اذ هو السبب الحقيقى فى حدوث الضرر ومن ثم فانه يجُب العوامل المترتبة عليه او الناجمة عنه[2] . ولاتقتصر تلك النظرية على اعتبار الاسباب المساهمة فى الضرر سببا له كلما توافر الضابط السابق بل انها تعتبر كل ظرف وفر السبيل الى تحقيق هذا الضرر يمثل سببا له متى امتنع وقوع الضرر بدونه ومن ثم فانه لو ترك شخص سيارته فى جانب من الطريق العام دون ان يحكم اقفال ابوابها وحدث أن سرقت هذه السيارة وقادها السارق من غير روية مما أدى الى مداهمة احد المارة فان الضرر فى تلك الحالة يكون قد تحقق نتيجة لاهمال حارس السيارة فى المحافظة عليها عندما ترك بابها دون اقفال كما ان هذا الضرر يعتبر نتيجة كذلك لسرقة السيارة وقيادتها بسرعة ودون تبصر رغم ان اهمال مالك السيارة او حارسها فى المحافظة عليها لم يكن سببا فى وقوع الحادث على الصورة التى وقع بها طبقا للمجرى العادى للامور ولكنه كان مجرد ظرف هيأ السبيل لسرقة السيارة ومع ذلك فانه لولاه ماوقع الحادث .

ولقد كانت هذه النظرية محلا لنقد جانب كبير من الفقه وذلك لما يلى :

١ ـ لانها نظرية غير منطقية فى ربطها للنتيجة الضارة بكل المقومات المتصلة بها مهما كانت تلك الصلة وكيفما كانت وذلك دون تفرقة بين مختلف الوقائع التى اشتركت فى الحادث من حيث تأثيرها السببى الفعال .

---

(١) د / السنهورى فى المرجع والموضع السابق .

ـ د / عبد الحميد البعلى فى رسالته : نظرية تحمل التبعة ص ٢٩٨ .

(٢) د / سليمان مرقس ، فى الاحكام الخاصة ، ف ١٦٩ ص ٤٧٤

ان كلها اسباب متساوية بحسب مفهوم هذه النظرية ومن ثم " فانها تحمل الوقائع التى اقتصرت على مجرد الاشتراك فى الضرر نتائج بعيده واستثنائية "(١)

٢ - انها تجافى العدالة لكونها تلقى بعبء الحادث على كل سلوك وفر للحادث السبيل اليه حتى ولو كان سلبيا وان لم يكن وسيلة مباشرة لاحداث الضرر او متصلا به على الوجه الطبيعى ، وهى بذلك تناقض ما استقر عليه الفقه من حتمية التدخل الايجابى للشئ فى احداث الضرر لترتيب هذه المسئولية .

٣ - لان المعيار الذى تقوم عليه هذه النظرية فيه من المرونة مايتيح التوسع فيه الى المدى الذى قد يخرج بالنظرية عن كل حد مألوف ، فلو ان شخصا كان يحمل مسدسا مرخص بحمله وسقط منه اثناء عدوه مسرعا للابتعاد عن مشاجرة شاهدها خشية نتائجها فلاحظ احد المتشاجرين سقوط المسدس منه فالتقطه واستعجل فى استعماله الى الحد الذى ألحق بخصمه ضررا بليغا فانه يمكن القول فى اطار هذه النظرية وبالتوسع الذى يحتمله معيارها بان صاحب المسدس مسئولا ايضا عن هذه الاصابة بموجب تقصيره الذى اتاح سقوط المسدس منه ولا ريب ان مثل هذه النتيجة لايمكن ان تستسيغها القواعد التى تنظم المشاركة فى الفعل الضار(٢)

٤ - ان هذه النظرية لايمكن ان تستقيم مع نظرية الخطأ المفترض التى تقوم عليها المسئولية عن الاشياء لاننا اذا " قلنا بنظرية تكافوء الاسباب لوجب اعتبار جميع هذه الاخطاء ومنها الخطأ المفترض- أسبابا متكافئة "(٣) ومن ثم رفض القضاء الاخذ بهذه النظرية فى مجال المسئولية عن حراسة السيارات والاشياء عموما(٤)

---

(١) د / عاطف النقيب فى المرجع السابق ص ٢٠١/٢٠٠ .
(٢) د / السنهورى فى المرجع والموضع السابق .
(٣) ، (٤) د / ابراهيم الدسوقى فى رسالته المرجع السابق ، ف ٣٢٨ ، ص ٤٩٢ ومابعدها .
- د / السنهورى فى المرجع والموضع السابق .

ثانيا : نظرية السبب المنتج أو الملائم :

تقوم هذه النظرية على اساس ان المسئولية عن النتيجة الضارة لاتتحقق الا اذا كان من شأن الفعل كما حصل فى ظرفه ان يحدثها وفقا للمجرى العادى للامور ٠

ومن ثم فان اعمال هذه النظرية يقتضى استعراض الاسباب التى تدخلت فى احداث الضرر وذلك للتفريق بين مايكون منها صالحا لاحداثه على الوجه المعتاد او ينطوى على احتمال وقوعه وبين مالا يستتبع تحقق الضرر على هذا الوجه ويعرف الاول بالسبب المنتج او الملائم وهو الذى يعتبر سببا قانونيا لتحقيق النتيجة الضارة اما الاخير فانه يعرف بالسبب العارض لكونه غير مألوف فى ترتيب تلك النتيجة ومن ثم فانه لايعتبر سببا قانونيا لها ٠

وتطبيقا لذلك : فان صاحب السيارة الذى اهمل فى المحافظة عليها لايعتبر مسئولا عن النتيجة الضارة عندما عدا بها سارقها مسرعا مما أدى الى اصابة احد المارة بضرر ، ومرد ذلك ان الاهمال فى المحافظة على السيارة لايعتبر سببا مألوفا لتحقيق تلك النتيجة فهو بذلك يعتبر سببا عارضا وذلك خلافا لخطأ السارق فى السير بالسيارة مسرعا حيث يعتبر سببا مألوفا لاحداث ماترتب على ذلك من ضرر ومن ثم فانه يعتبر السبب المنتج له فيقع بذلك عبء المسئولية على من ينسب اليه ، وذلك هو ما استقر عليه الفقه والقضاء المصرى والفرنسى (١)

---

(١) د / السنهورى فى المرجع السابق ف ٦٠٦ ص ١٠٢٦ ، ف ٧٠٨ ، ص ١٢٣٢ ٠

— د / سليمان مرقس فى الاحكام الخاصة ف ١٩٦ ص ١١٩ ومابعدها ٠

— د / حشمت ابو ستيت فى المرجع السابق ف ٥٥٥ / ١ ص ٥١٠ ٠

— د / عبد الحى حجازى فى المرجع السابق ص ٥٦٢ ٠

— د / اسماعيل غانم فى النظرية العامة للالتزام حـ ٢ احكام الالتزام والاثبات ط ١٩٦٧ ف ٣٧ ص ٢٦ ٠

— د / انور سلطان فى المرجع السابق ف ٤٦٢ ص ٥٣٢ / ٥٣٣ ٠

— د / عبد المنعم الصدة فى المرجع السابق ف ٤٧٤ ص ٥٩٧ ٠

— د / عبد الرازق حسن فرج فى المصادر غير الارادية ف ٣٦ ص ٣٩٠

وتجدر الاشارة في هذا الصدد الى مايلي :

١ — أن السببية المنتجة هي السببية القانونية وليست هي السببية الطبيعية اذ تجمع تلك الاخيرة كل العوامل المتصلة بالحادث والتي لولاها لماوقع وذلك دون تمييز بين مايكون منها منتجا او غير منتج بذاته .

أما السببية القانونية فهي التي ينصب الاهتمام فيها على السبب المنتج من بين الاسباب الطبيعية المتعددة ليعتبر وحده السبب المستتبع لوقوع الضرر (١)

= د / ثروت انيس الاسيوطي في رسالته " مسئولية الناقل الجوى " ط ١٩٦٠ ص ٤٠٦ ، وانظر في تحول الفقه الفرنسي الى هذه النظرية .

— مازو في المسئولية حـ ٢ ف ١٤٤١ ص ٤٢٢ .

— مارتي ورينو : في القانون المدني حـ ٢ مجلد ١ باريس ١٩٦٢ ف ٤٨١ ص ٥٢٤

وانظر نقض مدني فرنسي في ١٩٧٣/١٠/٢٥ داللوز ١٩٧٤ مختصر ١ المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٧٤ ص ٦٢٠ .

— ونقض مدني فرنسي في ١٩٧٢/١٢/٣ الاسبوع القانوني — ٢ — ١٧٥٤١

— وانظر نقض مدني مصرى في ١٩٦٧/١٠/٢٦ — مجموعة احكام النقض س ١٨ ص ١٥٦٠ — حيث جاء فيه بصدد المسئولية الخطئية " انه لايكفي لنفي علاقة السببية بين الضرر والخطأ الثابت وقوعه القول بوجود اسباب اخرى من شأنها ان تسبب هذا الضرر ذلك انه يجب لاستبعاد ذلك الخطأ كسبب للضرر ان يتحقق توافر احد هذه الاسباب الاخرى وان يثبت انه السبب المنتج في احداث الضرر ..... " .

— وانظر كذلك نقض مدني في ١٩٦٦/٥/١٩ مجموعة احكام النقض س ١٧ ص ١٢٠١ ، ونقض مدني في ١٩٦٥/٥/٣٠ س ١٦ ص ٨٧٠

١ — د / عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ف ٦٠٦ ، ص ١٠٢٦ .

٢ ـ أنه لايصح تحميل السبب المنتج وفقا للمعيار السابق عبء النتائج الضارة المتولدة من اسباب اخرى لمجرد الصلة الظرفية بين الاولى والاخيرة • فلو أن ضررا تحقق بسبب فعل ثبت انه المنتج له وحدث أن تولدت بعد ذلك اضرار لم يكن من المألوف اعتبار هذا السبب منتجا لها وفقا للمجرى العادى للامور بل كان مرد تلك الاضرار المتولدة الى عامل لاحق يكفى بحد ذاته لترتيبها عليه فان محدث الفعل الاول لايكون مسئولا الا عن النتيجة الضارة التى احدثها فعله بينما يكون المرجع فى النتائج المستحدثة الى العامل اللاحق وان كان ثمة صلة ظرفية جمعت بينهما •

ومثال ذلك : مالو اصيب شخص بضرر نتيجة صدم سيارة له فنقله صاحبها الى المستشفى مستعجلا علاجه وحدث أن حصل اضطراب فى المستشفى جعل المصاب يحاول الخروج منه فيقع نتيجة لتلك المحاولة فيصاب بكسور تفاقمت آثارها بعد اهمال معالجتها فان حارس السيارة لايسأل فى تلك الحالة الاعن الاصابة الاولى الناتجة عن فعل سيارته دون ان يحاسب على الكسور وتفاقم آثارها وذلك بحسب انها لم تكن النتيجة المتوقعة موضوعيا من الصدمة كما حصلت وبما خلفته من اصابة وان كانت هذه الاخيرة هى الظرف الموضوعى الذى استدعى نقل المضرور الى المستشفى •

وخلافا لذلك فان الصدمة لو احدثت اصابة استوجبت اجراء عملية جراحية فأجراها الطبيب المختص مراعيا فى ذلك الاصول والقواعد الطبية التى يجب مراعاتها فى اجراء العملية • بيد أن المريض اصيب بمضاعفات أدت الى وفاته فان الحارس يسأل فى تلك الحالة عن النتيجة النهائية طالما ان الاصابة الناتجة عن فعل سيارته اقتضت اجراء تلك العملية وكان من غير النادر وفقا للمجرى العادى للامور أن يطرأ اثناء العملية اوبعدها مايسبب الوفاة دون خطأ من الطبيب[1] •

٣ ـ أن نظرية السبب المنتج لايقتصر الاستقصاء بموجبها على العوامل المتدخلة فى احداث الضرر وانما يمتد هذا الاستقصاء ليشمل تصرف

---

(١) د / عاطف النقيب فى المرجع السابق ص ٢٠٥ •

المضرور نفسه حيث انه قد يتبين ان هذا التصرف كان بظرفه وبالشكل الخاطئ الذى حصل به قد افضى الى تحقيق النتيجة الضارة وكان من المقرر أن يستتبعها هذا التصرف وفقا للمجرى العادى للامور اذ يحق القول آنئذ بان تصرف المضرور هو السبب المنتج للحادث والمعفى تبعا لذلك من مسئولية الحارس عنه •

وقد يتبين ان خطأ المضرور شارك فى احداث النتيجة بجانب عامل آخر ساهم فيها كان مرجعه الى شئ مملوك للغير فان خطأ المضرور هنا يأتى منقصا من الاعباء التى تقع على عاتق المسئول عن الفعل او العمل المشارك •

ويقود هذا المنطق الاستقصائى لتلك النظرية الى القول بحتمية اعفاء الحارس من كل تبعة متى ثبت ان مرجع الضرر الى فعل شخص ثالث غير متوقع ولا يمكن تجنبه او الى عامل آخر كان بظرفه السبب المحدث للضرر والكافى لاحداثه كما لو صدمت سيارة مسرعة سيارة اخرى كانت تقف فى المكان المعد لذلك فارتطمت الاولى بالاخيرة بقوة دفع أدت الى اصابة شخص كان متواجدا فى موضع الحادث من غير مأخذ عليه لتواجده فيه • ففى مثل هذه الحالة يكون فعل السيارة الاولى الصادمة هو السبب المنتج للحادث طبقا للمجرى العادى للامور وان لم تكن هى التى بلغت المضرور • كما انه لا يمكن نسبة الحادث الى السيارة الثانية التى اندفعت بفعل الاولى وان كانت هى التى ارتطمت بالمتضرر •

٤ ـ أن اعتبار السبب منتج للضرر لا يجرى بمعزل عن الظروف السابقة عليه والتى هيأت السبيل الى تحقيق ما أفضى اليه من نتيجة ضارة اذ يعتبر السبب منتجا كلما كان من المألوف تحقيقه لتلك النتيجة فى ضوء ما أحاط به من ظروف وفقا للمجرى العادى للامور •

٥ ـ أن معيار تحقق السببية المنتجة انما هو معيار موضوعى اذ هو لا يلتفت الى تقدير الفاعل لمدى تأثير السبب ولا الى مدى توقعه لما يترتب عليه من نتيجة ضارة وانما هو معيار ينظر الى مدى ارتباط السبب بالنتيجة بحكم الواقع المشاهد وطبقا للمجرى العادى للامور ومن ثم فانه لا عبرة

بعدم توقع الحارس للنتيجة الضارة طالما انها كانت متوقعة موضوعيا وبمعزل عن تقديره الشخصي ٠ ٠

وفضلا عن ذلك : فان هذا المعيار يمثل الفيصل في مدى تحمل الحارس للمسئولية في حالة تفاقم الاضرار المتولدة عن الفعل الاصلي ، اذ يصح القول وفقا لهذا المعيار بانه كلما كانت الاضرار المتولدة عن الفعل الاصلي مرتبطة به وفقا للمجرى العادى للامور فان الحارس يكون مسئولا عن ذلك ٠

فلو أن شخصا متقدما في السن أصيب بكسر في ساقه نتيجة صدمة من سيارة فاستلزم الكسر اجراء عملية جراحية لم يحالفها النجاح مما استتبع ضرورة اجراء عملية اخرى أطالت أمد العلاج مما أدى بدوره الى تيبس مفصل ركبة المصاب ، اذ يصح القول في تلك الحالة بتحمل الحارس لتلك النتيجة الاخيرة نظرا لان المجرى العادى للامور يقضى بانه ليس من السهل علاج الكسر الذى حل بعظام من تقدمت به السن ، وتبعا لذلك فانه ليس من المستبعد فشل الجراحة الاولى على الرغم من استكمالها لكل المقومات المادية لنجاحها ويكون من شأن اجراء العملية الثانية وطول أمد العلاج أن يحل بالمريض مانزل به من نتيجة مرتبطة بالفعل الاصلي ٠

أما لو انعدمت الصلة بين الاضرار المتفاقمة وبين الفعل الاصلي وفقا للمجرى العادى للامور فانه لامحل لمساءلة الحارس عن تلك الاضرار المتفاقمة كما لو أصيب شخص في حادث سيارة ونقل الى المستشفى وأدخل غرفة العمليات استعدادا لاجراء العملية المقررة له واذ بماس كهربائى يحدث في الغرفة فيؤدى الى اشتعالها بحريق يصيب المضرور بحروق تعسر على أثرها اجراء العملية وسوء حالة المريض ٠

ففي مثل هذه الحالة لايسأل الحارس عن الضرر الذى سببه العامل اللاحق الذى لم يكن من المعتاد وقوعه في تلك الغرفة [١]

---

(١) ويجب ان يلاحظ اننا لو أعملنا منطق نظرية تعادل الاسباب لادى ذلك الى القول بمسئولية حارس السيارة عن الضرر الاول وكل مايستجد بعده من امراض لازمته وذلك نظرا لان الحادث كان هو العامل الذى استوجب نقل المصاب ووضعه في تلك الغرفة تمهيد الاجراء العملية حتى فاجاه الحريق على النحو الذى ذكرنا ــ ولا شك ان هذا المنطق يجافي العدالة بيقين نظرا لان الحريق يمثل حدثا عارضا لايرتبط بصدم السيارة الذى حدث كما ان ما حدث من حريق في الغرفة لايعد من قبيل الامور المألوفة د /عاطف النقيب ص ٢٠٩

المطلب الثاني
موقف الفقه الاسلامي من تعدد الاسباب المحدثة للضرر

قد تعدد الاسباب المحدثة للضرر على سبيل التعاقب ويكون لكل منهما دور المباشر أو دور المتسبب او يكون لبعضها دور المباشر وللبعض الآخر دور المتسبب ، ولما كنا قد عالجنا هذا الفرض الاخير فيما مضى فانا نقتصر هنا على بيان موقف الفقه الاسلامي ازاء الفرضين الاولين وذلك على النحو التالي :

الفرض الاول : تعدد الاسباب المباشرة في احداث الضرر :

اذا تعددت الاسباب المباشرة في احداث الضرر على سبيل التعاقب فان الفقه الاسلامي يجمع على اعتبار السبب الاقوى أثرا في احداث الضرر وهو ذلك السبب الذي يكون من شأنه ان يحدث الضرر لو وجد على سبيل الانفراد والاستقلال [1]

الفرض الثاني : تعدد الاسباب المحدثة للضرر تسببا :

وفي هذا الفرض نرى الفقه الاسلامي وقد انقسم الى اتجاهات ثلاثة ازاء السبب الذي يجب اعتباره من بين هذه الاسباب في تلك الحالة وتمثل ذلك في ظهور اتجاهات ثلاثة :

الاتجاه الاول : ويرى انه يجب النظر الى تلك الاسباب على انها متكافئة في احداث الضرر ومن ثم فان الضمان او المسئولية تقع على جميع الفاعلين .

وفي ذلك يقول صاحب شرح النيل " وان حفر حفرة وركز فيها رمحا أوجعل فيها مايضر وغطاها ثالث فهم ضامنون وكذا اذا دفع فيها رابع رجلا فالاربعة ضامنون [2] .

---

(١) انظر في ذلك : حاشية ابن عابدين حـ ٥ ص ٤٩٠ .
ـ مختصر خليل المطبوع مع التاج والاكليل حـ ٦ ص ٢٤٤ ـ الوجيز للدزالي حـ ٢ ص ١٢٤ .
ـ البحر الزخار حـ ٥ ص ٢١٦ ـ شرائع الاسلام حـ ٤ ص ٢٠١
(٢) انظر في ذلك : شرح النيل حـ ٥ ص ٢١٦

ويبدو لنا مع البعض ان ماذهب اليه الاباضية انما هو محل نظر وذلك أولا للخلاف الذى وقع بين الفقهاء حول الضمان فى الصورة التى ذكروها وذلك فضلا عن ان بعضا منها يخالف ما أجمع عليه الفقهاء اذ انهم سووا بين المباشرة والتسبب وذلك على الرغم من اجماع الفقه على تقديم المباشرة على التسبب فى حال اجتماعهما بحسب الاصل وكما سبق ان اشرنا الى ذلك •

ففى المثال السابق نجدهم يقولون " واذا دفعها رابع رجلا فالاربعة ضامنون " مع ان الرابع مباشر والاخرون متسببون فيجب ان يكون الضمان على الدافع فقط دون غيره ممن ذكروا اذ يعتبر فعله هو الاقوى تأثيرا فى احداث الضرر اللهم الا اذا كانت هذه الاسباب متساوية فى احداثها للضرر فان الجميع يكونون ضامنون كما سبق ان اشرنا •

الاتجاه الثانى : يرى أن الاعتبار فى تلك الحالة انما يكون للسبب الاسبق وجودا ومن ثم فان المتسبب الاسبق فعلا يكون هو الضامن وذلك " كواضع الحجر وحافر البئر فيعثر بالحجر انسان فيقع فى البئر فيضمن واضع الحجر لانه اسبق السببين ولو تقدم الحافر ونصب آخر سكينا فى البئر فوقع عليها انسان من غير عثار فاصابته السكين فمات فالضمان على الحافر " (٢) وذلك هو ماذهب اليه الفقه الامامى •

بيد أن ماذهب اليه هذا الاتجاه انما هو محل نظر وذلك لان القول بأولوية احد الاسباب بالاعتبار دون غيره انما ينهض على تحديد مدى صلة كل من هذه الاسباب فى احداث الضرر وهى ان ذلك لايتحقق الا بالنظر الى اولوية احد الاسباب من حيث الاتلاف لا من حيث الوجود • اذ انتا ازاء تحديد دور كل سبب فى احداث الضرر فلا اعتبار فى تلك الحالة لمجرد الاسبقية فى الوجود اذ كيف يمكن اعتبار السبب الاسبق وجودا مع ملابسه من ضعف صلته بالضرر ويهمل الاقوى تأثيرا فى ايجاد هذا الضرر لمجرد كونه طارئا على الاول فى وجوده (٣).

---

(١) د / محمد فاروق العكام فى رسالته الفعل الموجب للضمان ص ٢٦٨ •
(٢) الروضة البهية فى شرح اللمع الدمشقية حـ ٢ ص ٤٢٧ •
— القواعد الفقهية حـ ٢ ص ٣٨ ، ٣٩٦ •
(٣) " الفعل الموجب للضمان " ص ٢٦٧ •

الاتجاه الثالث : ويرى ان الاعتبار فى ذلك انما يكون للسبب الاقوى اثرا فى احداث الضرر وذلك هو ماذهب اليه جمهور الفقهاء من الحنفية[١] والملكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] والزيدية[٥] .

وقد ضرب هؤلاء الفقهاء العديد من الامثلة ومنها مالوحفر شخص بئرا عدوانا ووضع آخر حجرا على طرفه فعثر به شخص فوقع فى البئر فهلك فان عبء الضمان يقع على عاتق واضع الحجر اعتبارا بأقوى السببين حيث ان التعثر هو الذى ألجأه الى السقوط فكان عليه الضمان لذلك[٦]

وتلك هى القاعدة التى عبر عنها جمهور الفقهاء بقولهم " لو تعاقب سببا هلاك فعلى الاول منها فى التلف لا الوجود اذا ترجح بالقوة " .

ويبدو لنا أن الاتجاه الاولى بالقبول والترجيح هو ماذهب اليه جمهور الفقهاء من تضمين صاحب السبب الاقوى تأثيرا فى احداث الضرر بقطع النظر عما اذا كان هو الاسبق وجودا أم لا .

---

(١) المبسوط جـ ٢٧ ص ١٧ ومابعدها ـ مجمع الضمانات ص ١٨٠ ـ فتاوى قاضيخان ص ١٨٠ ـ الخراج لابى يوسف ص ٩٦

(٢) التاج والاكليل حـ ٦ ص ٢٤٤ ومابعدها

(٣) المنهاج ومغنى المحتاج عليه حـ ٤ ص ٨٧ ، ٨٨

(٤) المغنى حـ ٧ ص ٨٢٢

(٥) البحر الزخار حـ ٥ ص ٢١٦

(٦) المنهاج ومغنى المحتاج عليه حـ ٤ ص ٨٧ .

المبحث الثانـــى
تسلسل الاضــــرار

المطلب الاول
تسلسل الاضرار فى الفقه والقانون المدنـــى

تفترض هذه الصورة وجود سبب واحد يؤدى الى نتيجة ضارة يتوافـــر لها من الظروف مايفضى الى نتيجة ثانية متميزة عن الاولى وربما تعاقبت الاضرار على هذا النحـو •

ويرى جمهور الفقه المصرى أن الضرر الذى يعوض عنه فى تلك الحالـــة هو الضرر المباشر فقط وهو الذى يمثل نتيجة طبيعية للحادث المسبب لـــه بحيث لم يكن فى وسع المضرور ان يتوقاه ببذل جمهور معقول [1]

ويرى البعض أن ذلك هو ماعناه نص المادة ١/٢٢١ [2] حينما ألـــزم بالمسئولية عن النتيجة الطبيعية للضرر دون غيرها •

---

(١) أما اذا كان فى استطاعة المضرور ان يتوخى الضرر التالى ببذل جـــل جهد معقول ولم يفعل فانه يكون بذلك قد اسهم بخطئه فى احـداث الضرر او زادفيه وهو مايؤدى الى قطع رابطة السببية مما يستتبع القول بعدم حق المدعى فى التعويض عنه •

ـ د / السنهورى فى الوسيط جـ ١ ص ١٠٢٩ / ١٠٣٧ ، د / ابوستيت فى مصادر الالتزام ص ٤٥٢ / ٤٥٣ ، د / عبدالمنعم الصدة فـــى مصادر الالتزام ص ٥١٢ / ٥١٤ ، د / انور سلطان فى النظريـــة العامة للالتزام ص ٤٣٥ / ٥٣٦ ـ د / سليمان مرقس فى المسئوليـــة المدنية ص ١٧٠ •

(٢) وتنص الفقرة الاولى من المادة ٢٢١ على انه " اذا لم يكن التعويـــض مقدرا فى العقد او بنص فى القانون فالقاضى هو الذى يقدره ويشمـــل التعويـــض مالحق الدائن من خسارة ومافاته من كسب بشـــرط ان يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام او التأخر فى الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن ان يتوقاه ببـــذل جهد معقول " •

غير ان جانبا آخر من الفقه المصرى يرى بحق ان معيار النتيجة الطبيعية الذى نصت عليه المادة السابقة يصدق على كل الاضرار أيا كانت صفتها مادامت السببية متوافرة وذلك هو ماعبر عنه ذلك الجانب من الفقه بقوله " ان القاعدة فى القانون الالمانى وهوالذى نشأت فى ظله نظرية السببية الملائمة ان السببية سواء كانت مباشرة او غير مباشرة تؤدى الى انشغال مسئولية الفاعل مادامت السببية الملائمة قد توافرت وان القانون الامريكى يلزم الفاعل بالمسئولية عن النتائج البعيدة مادام التسلسل بين حلقاتها يتم بطريقة علمية ومحتملة " (١)

ويستدل صاحب هذا الرأى على ذلك بانه لايكفى لاعتبار الفعل سببا للضرر مجرد كونه شرطا ضروريا لوقوعه بل انه يلزم مع ذلك توافر عنصرا آخر وهو كون الضرر يمثل نتيجة طبيعية لهذا الفعل حسبما أفصحت عنه الفقرة الاولى من المادة ٢٢١ مدنى مصرى (٢) وذلك هو ماذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية فى الحديث من احكامها نسبيا حينما قضت بالتعويض عن الضرر غير المباشر متى كان نتيجة طبيعية للسبب الذى احدثه (٣)

---

(١) د / ثروت انيس الاسيوطى فى رسالته " مسئولية الناقل الجوى " ص ٣٤ ـ د / عبد الحميد البعلى فى رسالته " نظرية تحمل التبعة .... " ص ٣٠١/٣٠٢ .

(٢) د / الاسيوطى فى المرجع السابق .

(٣) انظر نقض مدنى فرنسى فى ١٩٧٤/١/٣٠ ـ مجلة القصر وتخلص الواقعة التى قضى فيها بما تقدم فى ان حادثا وقع لشخص وما ان شاهدته زوجته الحامل ملطخا بالدماء حتى اضطربت بالشكل الذى انهى حملها فقضت المحكمة بتحمل المسئول عن الحادث الذى وقع للزوج لتبعة ماحدث للزوجة ولاشك ان التعويض هنا تعويض عن ضرر غير مباشر وان كان مرتبطا بسبب الحادث الذى حدث للزوج . اذ أن الزوجة لم تكن مشاهدة للحادث حتى يمكن اعتبار الضرر مباشرا وانما فوجئت بعده بزوجها وقد لطخته الدماء . وانظر الملاحظات التى وردت على هذا الحكم فى المجلة الفصلية للقانون المدنى الفرنسى ١٩٧٤ ص ٤٠٩ .

المطلب الثانــي
موقف الفقه الاسلامي من تسلسل النتائج الضارة

تفصح نصوص الفقه الاسلامي عن وجوب تحمل الضامن لجميع النتائج المتعاقبة المترتبة على السبب الضار طالما ان اثر السبب في ايجادها لم ينقطع بوجود سبب آخر يمكن معه اضافة ماحدث اليه ٠

ويمكن القول ان ذلك يمثل قاعدة عامة يصدق تطبيقها على جميع الحالات المماثلة ولقد ضرب الفقهاء العديد من الامثلة على ذلك ومنها ما لو وضع شخص شيئا في الطريق فعثرت به دابة ووقعت على دابة اخرى فماتتا او حصل لهما عطب فان ضمان قيمة الدابتين يكون على من وضع في الطريق ماحصل به الاتلاف او الضرر حيث امتد اثر تسببه الى الدابة الاخرى فكان بمنزلة الدافع فكأنه دفع الاولى بيده على الاخرى [١] ومن ذلك ايضا مالو سقط حائط على الطريق فأتلف شيئا ثم عثر بانقاضه حيوان فمات أوتلف بذلك مال فان ضمان كل ذلك يقع على عاتق صاحب الحائط [٢] ٠ والامر كذلك فيما لو مر رجل في الطريق وهو محمل بشيء فوقع الحمل على شيء فأتلفه فانه يكون لذلك ضامنا كما يكون ضامنا فيما لو عثرت دابة بذلك الحمل الواقع في الطريق وحصل لها عطب بسببه لانه أثر لفعله حيث لم يتخلل بين وقوع الحمل في ذلك الموضعيين عطب الدابة فعل للغير [٣]

---

(١) مجمع الانهر جـ ٢ ص ٦٥٢

(٢) المبسوط جـ ٢٦ ص ١٨٩/١٩٠ ـ جامع الفصوليين ص ٨٨٢ ٠
ـ فتاوى قاضيخان جـ ٣ ص ٢٤٠ ٠

(٣) الدر المختار جـ ٥ ص ٥٢٩ ـ الهداية جـ ٤ ص ١٤٥ ـ مجمع الضمانات ص ١٨٥ وانظر المنهاج ومغني المحتاج عليه جـ ٢ ص ٢٧٨ حيث جاء فيه " انه لو ذبح شاة رجل فهلك ولدها او حمامة فهلك فرخها ضمن ماهلك لفقد مايعيشان به " ٠
ـ وانظر المحلى جـ ١١ ص ٩ حيث يرى انه لو ساق ماء فمر على حائط فهدم الماء الحائط فقتل انسانا وجبت عليه ديته لانه قاتل خطأ " ٠

أما لو انقطع اثر ذلك السبب واضيف الضرر الى غيره فانه لاضمان على صاحب السبب الاول اذ تعتبر النتيجة الضارة فى تلك الحالة مضافة الى السبب الثانى ولقد مثل الفقهاء لذلك بما لو " سقط الحائط على حائط انسان آخر فسقط الحائط الثانى على رجل فقتله ضمن صاحب الاول ولو عثر انسان بتراب الحائط الثانى فتلف لايضمن الاول " ولايقع عليه عبء رفع انقاض الحائط الثانى وانما يقع عبء الضمان على صاحب الحائط الثانى متى علم بسقوطه ولم يزل انقاضه (١)

ويبدو لنا مما سبق ان الفقه الاسلامى يرتب ضمان جميع الاضرار المتعاقبة الناشئة عن سبب واحد سواء كانت تلك النتائج الضارة مباشرة أو كانت غير مباشرة متى كانت تمثل نتيجة طبيعية للسبب فى ذلك (٢)

---

(١) مجمع الضمانات ص ١٨٥
وتجدر الاشارة الى ان هذه القاعدة تصدق فى المجال الجنائى والمدنى على سواء ولقد ضرب الفقهاء العديد من الامثلة على ذلك ومنها لو ادعى رجل على رجل آخر " سرقته وقدمه الى السلطات بطلب منه ضربه حتى يقر فضربه مرة أو مرتين فحبسه فخاف من التعذيب والضرب فصعد على السطح لينفلت فسقط من السطح فمات وقد غرم فى هذا الامر فظهرت السرقة على يد غيره فللورثة اخذ مدعى السرقة بدية مورثهم وبغرامة اداها الى السلطان " .
- انظر فى ذلك جامع الفصوليين حـ ٢ ص ٨٩ .

(٢) انظر عكس ذلك د / محمد الحكام فى المرجع السابق ص ٢٨٥ حيث يرى ان الاضرار المتعاقبة التى تكون محلا للضمان انما هى الاضرار المباشرة فقط وساق الكثير من الامثلة على ذلك الا اننا نرى ان بعضا من الامثلة التى اشار اليها لايعتبر الضرر فيها مباشرا اذ كيف يمكن القول مثلا بان سقوط المتهم بالسرقة من على سطح السجن وهو يحاول الهرب يمثل سببا مباشرا لضربه او سجنه ولكن الصحيح فيما نرى ان ذلك ضرر غير مباشر وان كان مرتبطاً بالسبب الذى افضى به .

خلاصــة ومقارنــــة :

يتضح لنا مما سبق ان جمهور الفقــه القانوني وان كان يتفق مع الفقــه الاسلامي في مبدأ ضمان الاضرار المتعاقبة الناشئة عن سبب واحد الا انــــه يقيد دائرة هذا الضمان بما كان مباشرا من هذه الاضرار ، وذلك خلافـــا لما انتهينا اليه من ان الفقه الاسلامي يرى ضمان جميع النتائج المترتبة على هذا السبــب مباشرة كانت او غير مباشرة متى كانت نتيجة طبيعية لــــه .

الفصل الثالث
اثبات وقوع الضرر ونسبته الى الشيء

المبحث الاول
اثبات وقوع الضرر ونسبته الى الشيء في الفقه والقانون المدني

من المعلوم ان القاعدة العامة تقضي بالقاء عبء الاثبات على المدعي ، وطالما ان المضرور في تلك الحالة هو المدعي فانه يقع عليه عبء اثبات توافر جميع شروط تلك المسئولية ومن بينها ضرورة اثبات الدور السببي للشيء في احداث الضرر • ويحق له اثبات ذلك بكافة وسائل الاثبات بما فيها القرائن نظرا لمادية الواقعة(١) وذلك هو ما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسي(٢)

ومن ثم فانه اذا وقع شخص في متجر مثلا وتضرر بسبب تعثره ببقايا من أغلفة البضائع او اشرطة تناثرت على الارض فان عليه ان يثبت ان مرجع ما اصابه من ضرر يعود الى تدخل من ارض المحل فيما انتشر عليها من تلك البقايا •

والامر كذلك فيما لو سقط على الرصيف بالقرب من طاولة وضعت عليه او صندوق ترك على حافته تهيئة لنقله فادعى المضرور نسبة الضرر الى هذا الشيء او ذاك فان عليه ان يقدم الدليل على تدخله في احداث ما حاق به من ضرر(٣)

ولكن هل يقع على المضرور عبء اثبات الصفة الايجابية لتدخل الشيء في احداث الضرر أم انه يكفي مجرد تحقق هذا التدخل ؟

---

(١) د / لبيب شنب في رسالته ف ١٣٧ ص ١٦٢ •

(٢) روديير في المسئولية ف ١٥١٨ ـ مازو في المسئولية حـ ٢ ط ٦ ف ١٧٠٢ وانظر نقض مدني فرنسي في ١٥/٧/١٩٦٥ حكم منشور بمجلة القصر ١٩٦٥ في ١٦/١١/١٩٦٥ وقد جاء في هذا الحكم :

L'article 1984, alinea " suppose avant. tout arapportee. la preuve que la chose a ete en quelque sorte et en fut ce que partie l'instrument du dommage"

وانظر كذلك نقض مدني فرنسي في ٥/٣/١٩٧٥ الاسبوع القانوني ١٩٧٥ ـ ٤ ـ ١٣٨ •

(٣) د / عاطف النقيب في المرجع السابق ص ١٦٤ •

لقد اختلف الفقه والقضاء حول الاجابة على هذا التساؤل الــــى اتجاهـــين :

الاتجاه الاول : يرى أنه لايقع على عاتق المضرور الا مجرد اثبات الدور السببى للشىء فى احداث الضرر وذلك يستتبع افتراض تدخله الايجابى فـــى تحقيقه اذ تقوم فى تلك الحالة قرينة لصالح المضرور على ان هذا السبب كان هو المولد لاحداث هذا الضرر .

وقد استند القائلون بذلك على ان افتراض ايجابية هذا التدخـــل يتفق والحاجات العملية كما انه يتفق والقواعد العامة .

اما انه يتفق والحاجات العملية فلانه ييسر للمضرور الوسيلة الى مساءلة الحارس دون ثمة حاجة الى اثبات ايجابية التدخل من الشىء المحـــدث للضرر وبخاصة حينما يتعذر عليه هذا الاثبات والا كان فى تكليفه بذلك ارهاق له وتحميله بعبء ثقيل قد يتعذر اقامة الدليل عليه مما يؤدى الى رفـــض دعـــواه .

وأما ان ذلك يتفق والقواعد العامة فلان هذه القواعد تلقى بعـــبء الاثبات على من يدعى خلاف الظاهر ومتى ثبت تدخل الشىء فى احداث الضرر فان ظاهر ذلك ينبىء عن انه السبب المنتج لهذا الضرر .

وبالتالى فانه يقع على عاتق الحارس اثبات مايخالف ذلك الظاهـــر (١)

الاتجاه الثانى : ويرى حتمية التفرقة فى هذا الصدد بين فروض ثلاثـــة :

الفرض الاول : وقوع الضرر بفعل شىء ساكن :

وهنا يجب اثبات التدخل الايجابى لهذا الشىء فى احداث الضـــرر

---

(١) د / السنهورى فى الوسيط جـ ١ ف ٧٣٤ ص ١٠٩٧ ط ٥، د /لبيب شنب فى رسالته ف ١٣٨ ص ١٦٣ ، د / لبراهيم الدسوقى فى رسالتـــه ف ٣٥٠ ص ٥٢٨ ، د / انور سلطان فى المرجع السابق ف ٦٩ ص ٦٢٣

— د / حشمت أبو ستيت فى المرجع السابق ف ٥٥٥ ص ٥١١ .

— وانظر نقض مدنى فرنسى فى ٥ /٣/ ١٩٤٧ الاسبوع القانونى ـ ٢ ـ ٣٦٠٠ ونقض مدنى فرنسى فى ١٥ /نوفمبر ١٩٤٩ سيرى ـ ١٩٥٠ ـ ١ ـ ٨٧ .

عن طريق اثبات ان هذا الشيء لم يكن في وضع مألوف وقت وقوع الضرر ٠

ومرد وجوب اثبات ايجابية تدخل الشيء في تلك الحالة ان الشـــيء الساكن لايتصور عادة ان يكون مصدرا مولدا للضرر متى كان في وضع مألـوف ، ووجوده عادة على هذا النحو يبعث على الاعتقاد بانه لم يسهم في احـــداث النتيجة الضارة لما يعكسه وضعه على تلك الحالة من طابع سلبي ٠

ومن ثم فان المضرور في هذه الحالة يكون مدع لما يخالف الظاهر مــن الامور فيلزم تبعا لذلك اثبات الوضع غـير المألوف لذلك الشيء الذى أحـدث الضرر ٠

الفرض الثاني : وقوع الضرر بفعل شيء متحرك دون اتصال بينه وبين المضرور ومثال ذلك : مالو مرت سيارة مسرعة بالقرب من الرصيف الذى يقف عليه طفـل واحدثت بفعل سرعتها صوتا غريبا فزع الطفل اثر سماعه له فوقع مصابا بجــروح ، وفي مثل هذه الحالة فانه يجب على المضرور اثبات الوضع الشاذ للسيارة فـي تحركهـــا ٠

الفرض الثالث : وقوع الضرر بفعل شيء متحرك نتيجة الاتصال بينه وبــين المضرور وفي هذه الحالة فانه لايقع على المضرور عبء اثبات الوضع غير المألـوف لهذا الشيء المتحرك ، اذ أن ذلك كما يرى بعض انصار هذا الاتجاه هــو مايتناسب مع التصور المعقول وفقا للمجرى العادى للامور حيث ان تحرك الشيء واتصاله بموضع الضرر يوجد من الوضع مايبعث على احتمال صدور الضرر عنه ٠

ومن ثم فانه يكفي تحقق ارتطام مركبة اثناء سيرها بشخص حتى يكــون لهذا الاخير الحق في مساءلة حارس السيارة دون حاجة الى اثبات الوضـــع الشاذ لها في سيرها او في تحركها (١)

---

(١) انظر في هذا الاتجاه : د / جمال زكي في الوجيز في الالتزامــات ف ٣١٦ ص ٦٥٥ / ٦٥٦ ، الاستاذ / محمد كمال عبد العزيز فــي التقنين المدني المرجع السابق ص ٧٠٨ ٠

_ د / عاطف النقيب في المرجع السابق ص ١٦٦ ٠

_ وانظر في الفقه الفرنسي جاك بوريه في تعليقه على الحكم الصادر مــن محكمة النقض بتاريخ ٢٩ /مايو/ ٦٤ ١٩ الاسبوع القانوني ٦٥ ١٩_ ٢ _ ١٤٢٤٨ ٠

ولما كنا قد رأينا من قبل ان معيار الشئ الساكن والشئ المتحرك لايصلح بذاته للدلالة على التدخل الايجابى من الشئ •

فانه يبدو لنا ان الاقرب الى الوضع فى القانون المدنى المصرى هو التفرقة بين ما اذا كان الشئ خطرا بطبيعته او بمقتضى النص القانونى عليه • وبين ما اذا كان الشئ خطرا بمقتضى مايلابسه من ظروف •

ففى الحالة الاولى :

يمكن القول باننا لسنا فى حاجة الى اثبات الوضع الشاذ للشئ حتى يمكن القول بتحقق رابطة السببية بينه وبين ماتحقق من ضرر اذا مادامت الخطورة باديةمن طبيعة مثل هذا الشئ فان الوضع الظاهر يقتضى حدوث الضرر منه كلما ثبت مجرد تدخله فى احداث الضرر والا ماكان لتلك الخطورة من دلالة • ويصدق ذلك على ما افترض المقنن خطورته كالالآت الميكانيكية وذلك دون نظر الى ما اذا كان الشئ ساكنا او متحركا •

ومن ثم فانه يبدو لنا ان مجرد التدخل فى تلك الحالة ينهض قرينة لصالح المضرور وذلك لتلاؤم دعواه مع الوضع الظاهر •

اما فى الحالة الثانية :

وهى التى لم يفترض المقنن خطورة الاشياء فيها ولم تكن هى خطرة بطبيعتها فانه يلزم فى رأينا اثبات وضعها الشاذ او غير المألوف لتحقق تدخلها الايجابى • ومرد ذلك ان مثل هذه الاشياء يفصح الظاهر من امرها عن عدم خطورتها بحسب اصل وضعها وبالتالى فانه لايلزم غالبا ان يرتد الضرر اليها كلما كان هناك تدخل منها ومادام ذلك كذلك فان المدعى فى تلك الحالة يكون مدع لخلاف الظاهر •• ومن ثم فان عبء اثبات وضعها الشاذ يقع على عاتقه •

ـ اشار اليه د / ابراهيم الدسوقى فى رسالته ط ٧٥ ف ٣٤٧ ص ٥٢٤ / ٥٢٩ • وانظر كذلك نقض مدنى فرنسى فى ١٩٧٥/١/٩ المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٧٥ ص ٧١٧ •

المبحث الثاني
اثبات وقوع الضرر ونسبته الى الشيء في الفقه الاسلامي

من المعلوم ان القاعدة العامة في الاثبات تقضي بتحمل المدعى لعبء اثبات مايدعيه لما رواه البيهقي رضى الله عنه من حديث ابن عباس رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " البينة على المدعى واليمين على من أنكره " (١)

وقد حكى ابن المنذر اجماع اهل العلم على ذلك (٢)

واعمالا لهذه القاعدة فانه يجب على المضرور ان يثبت امرين :

الامر الاول : تحقق وقوع الضرر حيث ان الضمان ماشرع الا لجبره وترميم آثاره ولانه من المسلم به انه لادعوى بغير مصلحة ، وتتمثل مصلحة المدعى في هذه الحالة في الحصول على تعويض يجبر ما اصابه من ضرر واجب الاثبات .

الامر الثاني : اثبات علاقة السببية بين فعل الشيء وبين الضرر وهو ماعبر عنه العلماء بعدم وجود مانع من نسبة الضرر الى الفعل او الى الشيء ولكن كان الاصل العام يقضي بحتمية هذه النسبة الا ان هناك من الحالات ماتشهد فيها قرائن الاحوال على توافر علاقة السببية بحيث يبدو ان الامر لايستدعى اثباتها كحالة المباشرة ، اذ سبق لنا القول بان المدعى او المضرور لايكلف باثبات تعدى المباشر لثبوت بدلالة وقوع الضرر اما في حالة التسبب فانه يشترط لقيام تلك المسئولية اثبات تجاوز المدعى عليه للحق المأذون فيه شرعا

---

(١) انظر في هذا الحديث الشريف : سنن البيهقي جـ ١٠ ص ٢٥٢ ، شرح النووي على صحيح مسلم جـ ١٢ ص ٣ ، سنن الترمذى جـ ٦ ص ٨٦ ، سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ٧٧٨ ، شرح سبل السلام جـ ٤ ص ١٣٢ .

(٢) جامع العلوم والحكم ص ٢٢٧ .

سواء كان المرجع فى هذا التجاوز هو الاخلال بواجب شرعى منصوص عليه اوكان مرجعه الى الاخلال بالواجب العام الذى يقتضى اليقظة والتبصر فى السلوك حتى لايضر بالغير .

وقد سبق ان اشرنا الى ان بعضا من فقهائنا المحدثين يرون ان كل ماتحدثه الآله من ضرر يعتبر من قبيل المباشرة ومن ثم فإن كل مايقع على عاتق المدعى فى تلك الحالة هو اثبات نسبة الضرر الى تلك الآلة وذلك بخلاف الضرر الناشىء عن غير الآله تسببا فانه يلزم اثبات تعدى الحارس فى تلك الحالة .

وفى جميع الاحوال فانه يكون للمدعى عليه دحض اسناد الضرر اليه باثبات تولده عن سبب اجنبى لايد له فيه كما لو أثبت المدعى عليه تدخل المضرور فى احداث الضرر وفى ذلك يقول صاحب البحر الرائق :

" ولو تعمد (اى المضرور) المرور فى موضع الصب (اى صب الماء) مع علمه به لايضمن الراش لانه هو الذى خاطر بنفسه فصار كمن وثب فى الطريق من جانب الى جانب فوقع فيها " (١)

وكما لو اثبت المدعى عليه ان وقوع الضرر كان بفعل القوة القهرية وفى ذلك يقول صاحب المبدع الحنبلى : " واما اذا ماتلفته النار بطريان ريح فلا يضمنه لانه ليس من فعله ، ولا من تفريطه " (٢)

---

(١) البحر الرائق حـ ٨ ص ٣٩٩ ،

- وانظر فى ذلك نهاية المحتاج حـ ٧ ص ٣٥٤/٣٦٢ .

(٢) المبدع فى شرح المقنع حـ ٥ ص ١٩٥ ، المكتب الاسلامى بيروت .

اللهم الا اذا كان مفرطه بان أجج نارا تسرى عادة لكثرتها وفى ريح شديدة تحملها أو فرط بترك النار مؤججة ونام " . انظر المرجع السابق فى نفس الموضع .

خلاصـة ومقارنـة :

يتضح لنا مما تقدم ان القانون المدنى يتفق مع الفقه الاسلامى فى ضرورة اثبات العناصر المكونة لتلك المسئولية ومن بينها اثبات وقوع الضرر (الا فيما استثنى من ذلك) وتوافر علاقة السببية بينه وبين فعل الشىء الا ان القانون المدنى يفترض نسبة الخطأ الى الحارس فى جميع الاحوال وذلك فى حين ان الفقه الاسلامى لايفترض ذلك الا فى حالة المباشرة حيث يلزم نسبة الضرر الى الحارس فى حالة التسبب وان كان مارجحناه من رأى فيما مضى يمكن ان يكون مدخلا لتقارب اكبر ان صح ماذهبنا اليه فى هذا الصدد .

تم بحمد الله عز وجل وتوفيقه

ولله المنة من قبل ومن بعد .

ثبت المراجع

(١) المراجع العربية

- اولا - المراجع الفرعية القديمة

أ - الفقه الحنفي :

١ - الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ط الحلبي ١٩٦٨

٢ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني حـ ٧ ، ط الجمالية ١٣٢٨/١٩١٠ .

٣ - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين الزيلعي ، حـ ٦ ، ط الاميرية بولاق ١٣١٥ هـ .

٤ - جامع الفصولين لابن قاضي سماوه حـ ٢ ط الاميرية - بولاق - ١٣٠٠ هـ .

٥ - رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين حـ ٢ ط الحلبي ١٣٢٤ ، ط دار الكتب العربية ١٣٧٦ هـ .

٦ - شرح العناية على الهداية لاكمل الدين محمد البابرتي مطبوع على هامش فتح القدير ط ١٣٥٦ .

٧ - الفتاوى الهندية حـ ١ ط الاميرية - بولاق - ١٣١٠ هـ

٨ - فتاوى قاضيخان لفخر الدين محمود الاوجندي بدون تاريخ

٩ - الفتاوى الخيرية لنفع البرية حـ ٢ ، ط الاميرية - بولاق - ١٣٠٠هـ ط العثمانية ١٣١١ هـ .

١٠- المبسوط للسرخسي ط السعادة ١٣٢٤ هـ

١١- مجمع الضمانات للبغدادي ، ط الخيرية ١٣٠٨ هـ

١٢- الهداية شرح بداية المبتدى لبرهان الدين الميرغيناني ، حـ ٤ ، ط الخيرية ١٣٢٦ هـ

ب ـ الفقه المالكـــي :

١ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ، حـ ٢ ، ط مصطفى البابى الحلبى ، ١٣٥٢/١٣٧٢ ، ط مطبعـــة الاستقامـــة .

٢ ـ التاج والاكليل لمختصر خليل للمواق مطبوع على هامش مواهب الجليل

٣ ـ مواهب الجليل للحطاب ، ط السعادة ١٣٢٩ هـ

٤ ـ تبصرة الحكام فى اصول الاقضية ومناهج الاحكام لابن فرحـــون بهامش فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الامام مالك .

٥ ـ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ط عيسى البابى الحلـــبى ١٣٧٣ هـ .

٦ ـ الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير حـ ٥ ط ١٣٤٥/١٣٤٦هـ

٧ ـ المدونة الكبرى للامام مالك ، رواية سحنون ط السعادة ١٣٢٣ هـ

٨ ـ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب ، ط السعـــادة ١٣٢٩ هـ ، ط دار الفكر ١٣٩٨ هـ .

جـ ـ الفقه الشافعـــي :

١ ـ الام للامام الشافعى رواية الربيع المرادى ط الاميرية ـ بولاق ـ ١٣٢١ هـ ، ط الشعب .

٢ ـ الانوار لاعمال الابرار ليوسف الاردبيلى ط الجمالية ١٣٢٨ هـ .

٣ ـ أسنى المطالب شرح روض الطالب لزكريا الانصارى ، ط الميمنيـة ، ١٣٠٦ هـ .

٤ ـ الاشباه والنظائر للسيوطى ، ط البابى الحلبى ١٩٥٩ م

٥ ـ شرح التحرير لزكريا الانصارى وحاشية الشرقاوى على شرح التحرير ط ١٣٢٧ هـ .

٦ ـ مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج للشربينى الخطيـــب ، ط المطبعة الازهرية ١٣٠٥ هـ ، ط الاستقامة ١٣٧٤/١٩٥٥هـ

٧ - المهذب للشيرازى ط البابى الحلبى ١٣٤٣ هـ .
٨ - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملى حـ ٧ ، ط الحلبى ١٣٥٧/١٩٣٨ .

د - الفقه الحنبلى :

١ - الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف - صححه وحققه حامد الفقى ، حـ ٦ ط السنة المحمدية ١٣٧٦/١٩٥٧ هـ

٢ - اعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الجوزيه ط كردستان ١٣٢٥ هـ ، ط السعادة ١٣٨٩ هـ/١٩٦٩ م

٣ - القواعد فى الفقه الاسلامى لابن رجب الحنبلى ، ط الخيرية ، ١٣٥٢ هـ/١٩٣٣ .

٤ - كشاف القناع على متن الاقناع للبهوتى ، ط المطبعة الشرقية ، الطبعة الاولى ، ١٣١٩ هـ ، ط مكتبة النصر الحديثة بالرياض .

٥ - المغنى لابن قدامة المقدسى حـ ٥ ، ط المنار الثالثة ١٣٦٧ هـ .

هـ - الفقه الظاهرى :

١ - المحلى لابن حزم تحقيق احمد شاكر ، نشر دار التراث .

و - الفقه الزيدى :

١ - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار لابن المرتضى الطبعة الاولى ، مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٨هـ / ١٩٤٩ م

٢ - التاج المذهب للعنسى ط ١٣٦٥هـ/ ١٩٤٧ م
٣ - الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للصنعانى ، ط السعادة ، ١٣٤٧ هـ .

ز - الفقه الامامى :

١ - شرائع الاسلام فى معرفة الحلال والحرام للحلى ط دار مكتبة الحياة ، بيروت .

٢ ـ مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة للعاملى ، ط مطبعة الفيحاء ، دمشق .

ج ـ الفقه الاباضى :

١ ـ شرح النيل وشفاء العليل لابن أطفيش ، ط دار التراث العربى ١٣٩٢ هـ/١٩٧٢م

ثانيا : المراجع الشرعية الحديثة

١ ـ الضمان فى الفقه الاسلامى ـ القسم الاول للشيخ على الخفيف ط معهد البحوث والدراسات العربية ـ جامعة الدول العربية ١٩٧١ م .

٢ ـ مصادر الحق فى الفقه الاسلامى للدكتور / عبد الرزاق السنهورى ، ط المجمع العلمى العربى الاسلامى ، بيروت .

٣ ـ النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية للاستاذ / صبحى المحمصانى ـ ط مكتبة الكشاف ـ بيروت ح ١ ، ١٩٧٢ .

ثالثا : المراجع القانونية
(الكتب العامة)

١ ـ د / احمد حشمت ابو ستيت :
نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد ط دار الفكر العربى ١٩٥٤ ـ الكتاب الاول .

٢ ـ د / احمد ابو الوفا :
التعليق على نصوص قانون الاثبات ، ط منشأة المعارف ١٩٧٥م

٣ ـ د / احمد سلامه :
المدخل لدراسة القانون ـ الكتاب الثانى ـ نظرية الحق ، ط دار النهضة العربية ـ ١٩٧٤م .

٤ - د / انور سلطـــان :
النظرية العامة للالتزام حـ ١ مصادر الالتزام ، ط دار المعارف ١٩٦٢ م

٥ - د / احمد شوقي عبد الرحمن :
مسئولية المتبوع باعتباره حارسا - ط المطبعة العربيـــة الحديثة ١٩٧٥ .

٦ - د / اسماعيل غانـم :
- النظرية العامة للالتزام حـ ١ مصادر الالتزام ، ط عبد اللـه وهبه ١٩٦٨ م
- النظرية العامة للالتزام حـ ٢ احكام الالتزام والاثبـــات ، ط عبد الله وهبه ١٩٦٧ م

٧ - د / توفيق حسن فـــرج :
- المدخل للعلوم القانونية ط موسسة الثقافة الجامعيـــة ، الاسكندرية ١٩٧٦ .
- النظرية العامة للالتزام ط ١٩٧٨ .

٨ - د / حســن كـــيرة :
المدخل الى القانون ط منشأة المعارف - الاسكندرية ١٩٧٥ .

٩ - د / حسـين عامـــر :
المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية ط مطبعة مصر ١٩٥٦ .

١٠- د / سليمان مرقس :
- المسئولية المدنية - دروس لقسم الدكتوراه فى حقوق القاهــرة ١٩٥٥ م
- الفعل الضار ط ٢ دار النشر للجامعات ١٩٥٦ - القسم الثانـــى .
- محاضرات فى المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربيـة ، ط معهد البحوث والدراسات العربية ، جامعة الـــدول العربية ١٩٦٠ - القسم الثانى .

- المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية ط معهد البحوث والدراسات العربية ، جامعة الدول العربية ١٩٧٠ القسم الاول .

١١- د / سمير عبد السيد تناغو :
نظرية الالتزام - ط منشأة المعارف - الاسكندرية ١٩٧٥ .

١٢- د / عبد الرزاق السنهوري :
- الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد - الجزء الاول - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام ط ٢ دار النهضة العربية ١٩٦٤ .
- الوجيز فى شرح القانون المدنى ج ١ ط دار النهضة العربية ١٩٦٦ .

١٣- د / عبد الحى حجازى :
النظرية العامة للالتزام ج ٢ - مصادر الالتزام ط مطبعة نهضة مصر ١٩٥٠/١٩٥٤ .

١٤- د / عبد المنعم فرج الصدة :
مصادر الالتزام - دراسة مقارنة فى القانون اللبنانى والقانون المصرى طبع دار النهضة العربية - بيروت ١٩٧١ .

١٥- د / عاطف النقيب :
النظرية العامة للمسئولية عن فعل الاشياء فى مبادئها القانونية وأوجهها العملية ، منشور عويدات - بيروت .

١٦- د / عبد الفتاح عبد الباقى :
- مصادر الالتزام - مذكرات على الالة الضاربة للسنة الثانية بكلية الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت ٦٨ / ١٩٦٩ ، ٧٢ / ١٩٧٣
- المسئولية التقصيرية عن حوادث السيارات وغيرها من الاشياء الخطرة تأسيسا على حراستها وعلى مباشرة الضرر اثناء استعمالها .
- محاضرات فى القانون المدنى مع التعمق ، مطبوعة على الآلة الضاربة لدبلوم القانون الخاص - كلية الحقوق والشريعة - جامعة الكويت ٧٢/١٩٧٣ م

١٧ـ د / عبد الرازق حسن فرج :
النظرية العامة للالتزام ، ط مطبعة الفجر الجديد ١٩٨٣ م

١٨ـ د / محمود جمال الدين زكى :
ـ الوجيز فى نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى ، حـ ١ ، مصادر الالتزام ط ٢ مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٦ .
ـ مشكلات المسئولية المدنية ط جامعة القاهرة ١٩٧٨ .

١٩ـ د / محمد لبيب شنب :
ـ النظرية العامة للالتزام ـ ط دار النهضة العربيـــة ، بيروت ١٩٧٠ .

٢٠ـ الاستاذ / مصطفى مرعـــى :
المسئولية المدنية فى القانون المصرى ط مكتبة عبد الله وهبـــه ، ١٩٤٤ م .

٢١ـ د / نعمـــان جمعـــه :
ـ دروس فى الواقعة القانونية أو المصادر غير الاراديـــة ، ط دار النهضة العربية ١٩٧٢ م .

رابعا : الرسائـــل

١ ـ د/ ابراهيم الدسوقـــى :
الاعفاء من المسئولية عن حوادث السيارات ـ دراسة تحليليـــة لنظرية السبب الاجنبى فى الفقه والقضاء المصرى والفرنسى ، رسالة من حقوق عين شمس ط ١٩٧٥ .

٢ ـ د / بدر جاسم يعقوب :
المسئولية عن استعمال الاشياء الخطرة فى القانون الكويـــتى ـ رسالة من حقوق القاهرة سنة ١٩٧٧ على الآلة الضاربة .

٣ ـ د / ثروت أنيس الاسيوطى :
مسئولية الناقل الجوى فى القانون المقارن ، رسالة من حقوق القاهرة ،

ط المطبعة العالمية ٥٩/١٩٦٠م .

٤ ـ د / سليمان مرقس :
نظرية دفع المسئولية المدنية ـ دراسة مقارنة فى المسئولية التعاقدية والتقصيرية فى القانون المصرى والفرنسى .
رسالة من الجامعة المصرية ـ النسخة العربية ـ ط مطبعة الاعتماد ١٩٣٦م .

٥ ـ د / سيد امين :
المسئولية التقصيرية عن فعل الغير ـ رسالة من حقوق القاهرة سنة ١٩٦٤ .

٦ ـ د / سليمان محمد احمد :
ضمان المتلفات فى الفقه الاسلامى ، رسالة من كلية الشريعة والقانون ـ جامعة الازهر ١٩٧٥ .

٧ ـ د / سهير منتصر :
تحديد مدلول الحراسة عن الاشياء ، رسالة من حقوق عين شمس سنة ١٩٧٧ على الالة الضاربة .

٨ ـ د / عبدالحميد البعلى :
نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون ـ رسالة من كلية الشريعة والقانون ـ جامعة الازهر ، على الالة الضاربة .

٩ ـ د / محمد لبيب شنب :
المسئولية عن الاشياء ـ دراسة فى القانون المدنى المصرى مقارنا بالقانون الفرنسى ـ رسالة من حقوق القاهرة ـ نشر مكتبة النهضة ١٩٥٧م .

١٠ـ د / محمد وحيد الدين سوار :
التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى دراسة مقارنة بالفقه الغربى رسالة من حقوق القاهرة ١٩٦٠م .

١١- د / محمد فوزى فيض اللـه :
المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون - رسالة من كلية الشريعة والقانون - جامعة الازهر ١٩٦٢ على الآلة الضاربة .

١٢- د / محمد فاروق العكام :
الفعل الموجب للضمان - رسالة من حقوق القاهرة ١٩٧٧ - على الآلة الضاربة .

١٣- د / يوسف جرجس :
مسئولية الاضرار الناتجة عن الاشياء الجامدة - رسالة من الجامعة المصرية (النسخة العربية - ط ١٩٣٢)

خامسا : البحوث والمقالات

١ - سعد صالح :
المسئولية عن الضرر فى الفقه الاسلامى - مقال منشور بمجلة قضايا الحكومة س ١٨ ع ٢ ص ٤٣١ .

٢ - نعيم عطيه :
تحديد مدلول الحراسة على الجمادات - مقال منشور بمجلة المحاماه س ٣٥ ع ٣ ص ٥٦٩ ، س ٣٦ ع ٤ ص ٦٢١ .

(٢) المراجع الفرنسيـــــة

اولا : الكتب العامـــة :

1. Colin, Aetcapitanth traite de droit civil, Dallaz, paris 1959.

2. Josserand, louis. cours de droit civil postif francais .

3. Laup. jean. la responsabilite des accldents causesles automobiles 1932.

4. Martyg et Raynaud, p. Droit civil T.2 Vol. 2. Paris 1962.

5. Mazeaud, Henri et lean traite theorique et pratique de la responsabilie civile de lictuelle et contractuelle, 3 vol. 4 me, 5eme et 6 eme en, Paris 1948-1970.

6. Mazeaud, HCJ: Lecon de droit civil obligation T. 23 eme paris 1966.

7. Planiol Ripert et Boulanger traite elementaire de droit civil 3 eme 2 paris 1935.

8. Ripert, G:le Regime demacratique et ledroit civil Moderne, paris 1948.

9. Ripert,G. La regle moral dans les obligation civelcs, 4 eme ed L.G J LJ. paris 1949.

10. Ripert, get Boulanger, J.: traite de droit-civil doapres le traite de planiol. T.2 Paris, 1957.

11. Rodiere.Rene: la responsabilite, Paris, 1952.

ثانيا : الرسائـــل :

1. Barsoum, Y.G.: Laresponsabilite du fait des choses inrnimees, lecaire 1932.

2. Bichot, Jacques: l'autonomic de la responsabilite du fait des choses et du fait d'autrui devant la juris prudence contemporaine, Paris 1933.

3. Coressi, Alexandre: De la responsabilite encouruepare les automobilistes a raison des domages causes pareux Paris 1928.

4. Goldman, Barthold: de la determination du gardien responsable du fait des choses inanimees , Lyon, 1943.

5. Landelle : De la responsabilite en cas de vol d'automobile, Rennes 1940.

6. Neagu: Responsabilite civil extracontractaelle de l'aliene, Paris, 1927.

7. Turquey, Maurice : L'evolution de la responsabilite du fait des choses inanimees caen, 1930.

فهرس اجمالى لموضوعات البحث

رقم الصحيفة

رقم الصحيفة



